Die Abnahmepflicht des Käufers.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Carl Heinrich Müller

aus Kalk bei Cöln am Rhein

Referendar bei der Königlichen Staatsanwaltschaft zu Cöln.

ACAD. LITTERAT. BIBL.

Approbiert am 18. Dezember 1909.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1910.

Referent: Universitäts-Professor Dr. Oertmann.

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Erster Abschnitt.

Einleitung: Die Abnahmepflicht außerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

§ 1. a) Gemeines Recht 1
§ 2. b) Preußisches Recht 5
§ 3. c) Französisches Recht 6
§ 4. d) Das alte Handelsgesetzbuch und fremdes Recht 7

Zweiter Abschnitt.

§ 5. Der Begriff der Annahme im Bürgerlichen Gesetzbuch 12

Dritter Abschnitt.

Der Begriff der Abnahme beim Kauf.

§ 6. a) Im Sinne des täglichen Lebens 17
§ 7. b) In den Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch 18
c) Im Bürgerlichen Gesetzbuch
§ 8. α) Literatur und Praxis 22
§ 9. β) Unsere Ansicht und ihre Begründung 31
γ) Besprechung der Ansichten.
§ 10. αα) Der Gesichtspunkt des Ansichnehmens und der Endgültigkeit 33
§ 11. ββ) Der Gesichtspunkt der Billigung und Anerkennung als Erfüllung 37
§ 12. d) Natur und Bedeutung der Abnahme als vertretbare Handlung . . 45
§ 13. e) Verhältnis der Abnahme zur Annahme und Übergabe 47

Vierter Abschnitt.

Die Abnahmepflicht.

§ 14. a) Die Vorarbeiten und die sich daran anknüpfende Literatur . . . 49
§ 15. b) Die rechtliche Natur der Abnahmepflicht, ihr Inhalt und ihre Tragweite 55
c) Besprechung der verschiedenen Ansichten.
§ 16. α) Die Abnahmepflicht ist nicht überflüssig 58
§ 17. β) Die Abnahmepflicht ist eine eigentliche erzwingbare Rechtspflicht 62
§ 18. γ) Der Käufer kann sich nicht durch Verzicht auf den Leistungsgegenstand der Abnahmepflicht entziehen. Frage der Verkoppelung zweier Rechtsgeschäfte 65

Seite

§ 19. δ) Die Abnahmepflicht ist eine Schuldnerpflicht, die Abnahme eine Leistung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches 71
§ 20. ε) Die Abnahmepflicht ist eine selbständig klagbare und vollstreckbare Rechtspflicht. Die Interessentheorie. Frage der Anwendung des § 226 79
§ 21. ζ) Die Abnahmepflicht beim Kauf gegen Dispositionspapier . . 81
§ 22. d) Die Pflicht zur Abnahme eines Grundstücks 82
§ 23. e) Die Pflicht zur Abnahme beim Kauf eines Rechts 88
§ 24. f) Die Natur der Abnahmepflicht als naturale negotii 90

Fünfter Abschnitt.

Die Voraussetzungen und Bedingungen der Abnahme.

§ 25. a) Die Voraussetzungen 93
§ 26. b) Der Ort 95
§ 27. c) Die Zeit 97
§ 28. d) Die Kosten und Hilfshandlungen 99
§ 29. e) Die Spezifikation und ihre Beziehungen zur Abnahme 101

Sechster Abschnitt.

Prozessuales.

§ 30. a) Die Klage (Natur, Gerichtsstand, Wert des Streitgegenstandes) . . 103
§ 31. b) Die Zwangsvollstreckung 106

Siebenter Abschnitt.

§ 32. Die Frage der tatsächlichen Möglichkeit der Anwendung der Vorschriften über die Leistung bei gegenseitigen Verträgen 109

Achter Abschnitt.

Der Abnahmeverzug.

§ 33. a) Die Voraussetzungen des Abnahmeverzuges und sein Zusammenfallen mit dem Annahmeverzuge 111
b) Die Folgen des Abnahmeverzuges.
§ 34. α) Die allgemeinen Leistungsverzugsfolgen: §§ 286 ff. 116
β) § 326.
§ 35. αα) Bedeutung, Tragweite und Literaturübersicht über die Frage der rechtlichen Zulässigkeit der Anwendung des § 326 118
ββ) Erörterung der Ansichten über die rechtliche Zulässigkeit der Anwendung des § 326.
§ 36. 1. Einwände gegen die Anwendung des § 326 . . 120
§ 37. 2. Die vermittelnde Ansicht 126
§ 38. 3. Gründe für die stete Anwendung des § 326 . . 129
§ 39. c) Verhältnis der Folgen des Abnahmeverzuges zu denen des Annahmeverzuges. Frage der Konfusion 134

Neunter Abschnitt.

§ 40. Leitsätze 138

Literaturverzeichnis.

Bachem, Zu der Frage, ob es nach dem code civil eine Klage auf Empfangnahme oder Abnahme und Spezifikation gibt. In Puchelts Zeitschrift für französisches Zivilrecht Bd. 23 S. 708 ff.

Barkhausen, Die Klage des Verkäufers auf Abnahme der Ware (mit einem Nachwort von Goldschmidt). In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 30 S. 30 ff.

Bechmann, System des Kaufs nach gemeinem Rechte. Abt. 1. Erlangen 1884.

Bretzfelder, Begriff der Abnahme beim Kauf und Werkvertrag. Erlanger Diss. Bamberg 1906.

Brinckmann, Lehrbuch des Handelsrechts. Heidelberg 1853.

Brinkmann, Die Abnahmepflicht beim Kauf und Werkvertrag und die Folgen ihrer Verletzung. Diss. Borna-Leipzig 1906.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 4. Aufl. Jena 1903.

Crome, Die Grundlehren des französischen Obligationenrechts. Mannheim 1894.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Tübingen u. Leipzig 1902.

Dernburg, Pandekten. Bd. 2. 7. Aufl. Berlin 1903.

Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatrechts. Bd. 2. 5. Aufl. Halle 1897.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 1: Die allgemeinen Lehren. 3. Aufl. Halle 1906. Bd. 2: Die Schuldverhältnisse. Abt. 1 3. Aufl. 1905, Abt. 2 3. Aufl. 1906.

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 3. Mannheim 1905.

Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jena 1899.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Bd. 2. Leipzig 1882.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 9. Aufl. 1903.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 8. Aufl. München 1909.

Fleck, Die Verzugslehre und der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 12 S. 252 ff.

Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht. Bd. 2. 7. Aufl. Berlin 1896.

Förtsch, Sprache der Juristen, der Gesetze, der Geschäftswelt. In der Deutschen Juristenzeitung 1905 S. 15 f.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. 2. 8. und 9. Aufl. Tübingen 1908.

Grimm, Deutsches Wörterbuch. Bd. 1. Leipzig 1854.

Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1890.

Hackert, Die Begriffe Ablieferung, Abnahme, Annahme und Empfangnahme im Kauf und Frachtrecht nach bürgerlichem und Handelsrecht. Diss. Bochum 1903.

Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. 6: Materialien zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1897.

Haugen, Ist nach dem code civil eine Klage auf Empfangnahme zulässig? In Puchelts Zeitschrift für französisches Zivilrecht Bd. 23 S. 376 ff.
Haugen, Zu der Frage, ob es nach dem code civil eine Klage auf Empfangnahme oder Abnahme und auf Spezifikation gibt. In Puchelts Zeitschrift für französisches Zivilrecht Bd. 24 S. 145 ff.
Heilfron, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1 4. Aufl. Berlin 1908, Bd. 2 4. Aufl. ebenda 1909.
Hirsch, Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge. Leipzig 1895.
Hohenstein, Der Abnahme- und Annahmeverzug des Käufers = Gläubigers. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 25 S. 69 ff.
Hohenstein, § 326 BGB. und der Abnahmeverzug des Käufers. In Gruchots Beiträgen Bd. 48 S. 711 ff.
Jakobi, Die Abnahmepflicht des Käufers. In Iherings Jahrbüchern Bd. 45 S. 259 ff.
Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. In Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reichs Bd. 7 S. 186 ff. Jena 1900.
Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. In Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reichs Bd. 7 S. 1 ff. Jena 1900.
Kohler, Annahme und Annahmeverzug. In Iherings Jahrbüchern Bd. 17 S. 261 ff.
Kohler, Der Gläubigerverzug. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 13 S. 149 ff.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Berlin 1906.
Krüger-Mommsen, Corpus iuris civilis, Volumen primum. 9. Aufl. Berlin 1902.
Laband, Zum zweiten Buche des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 74 S. 301 ff.
Lehmann, Die Bedeutung der Ausdrücke „Abnahme" (Empfangnahme) nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und Handelsgesetzbuch. In der Deutschen Juristenzeitung 1902 S. 491 ff.
Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. Leipzig 1908.
Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 2. Berlin 1901.
Lippmann, Gibt der Abnahmeverzug des Käufers für sich allein dem Verkäufer die Rechte aus § 326 BGB. In der Deutschen Juristenzeitung 1904 S. 800 ff.
Makower, Allgem. deutsches Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 11. Aufl. Berlin 1893.
Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Bd. 2. 13. Aufl. Berlin 1907.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 3. Aufl. Jena 1900.
Meisner, Das Recht der Schuldverhältnisse. Breslau 1898.
Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. Bd. 3: Die Lehre von der Mora. Braunschweig 1855.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. Berlin 1899.
Müller, Die Hinterlegung zur Schuldbefreiung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Iherings Jahrbüchern Bd. 41 S. 411 ff.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. 4. Aufl. Berlin 1905.
Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts. Bd. 1—7. Berlin 1904—1909.
Oberloskamp, Abnahmepflicht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Diss. Borna-Leipzig 1908.
Oertmann, Der Kauf mit Spezifikation. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 85 S. 202 ff.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.
Paech, Der Leistungsverzug. Eine Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1902.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 2. 3. Aufl. Berlin 1907.

Rauert, Anspruch auf Abnahme beim Kauf, Dienstvertrag und Werkvertrag. Rostocker Diss. 1902.
Romeick, Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Heft 1: Fristbestimmung. Stuttgart 1901.
Rosenberg, Der Verzug des Gläubigers. In Iherings Jahrbüchern Bd. 43 S. 141 ff.
Rosenthal, Die Abnahmepflicht des Gläubigers nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Bonn 1904.
Rümelin, Dienst- und Werkvertrag. Tübingen 1905.
Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Erlangen 1898.
Schmitz, Von der Abnahmepflicht des Käufers und Werkbestellers. Diss. Borna-Leipzig 1906.
Schneider, Ein Beitrag zur Auslegung der „Abnahme"pflicht im Bürgerlichen Gesetzbuch beim Kauf und Werkvertrag. Erlanger Diss. Essen-Ruhr 1906.
Schöffer, Die Abnahmepflicht beim Kauf und Werkvertrag. Diss. Leipzig 1903.
Schöller, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Miet- und Dienstvertrag. In Gruchots Beiträgen Bd. 46 S. 1 ff.
Schollmeyer, Allgem. Teil des Rechts der Schuldverhältnisse. München 1900.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. Berlin 1904.
Schütze, Die Abnahmepflicht des Käufers. Diss. Kiel 1904.
Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis. Leipzig 1903.
Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich. 1. Hälfte. 4. Aufl. Berlin 1908.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. Bd. 2. Leipzig 1869.
Sprenger, Über die Klage des Verkäufers gegen den Käufer auf Abnahme der verkauften Sache nach § 459 Abs. 2 des Entw. eines BGB. für das Deutsche Reich. In Gruchots Beiträgen Bd. 34 S. 592 ff.
Staub, Kommentar zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch. 5. Aufl. Berlin 1897.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 2 6. u. 7. Aufl. Berlin 1900, 8. Aufl. Berlin 1907.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. 3./4. Aufl. München 1908.
Striebinger, Der Begriff Abnahme bei Kauf und Werkvertrag. München 1906.
Thöl, Das Handelsrecht. Bd. 1. 6. Aufl. Leipzig 1879.
Tränkner, Einzelne Schuldverhältnisse. Im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß Bd. 9 S. 81 ff., 145 ff.
Treitschke, Der Kaufkontrakt. 2. Aufl. Gera 1865.
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiete des Handels- und Prozeßrechts. 1.—6. Jahrg. Leipzig 1903—1906.
Warschauer, Der Tatbestand des Annahmeverzuges nach gemeinem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Breslau 1902.
Willenbücher, Das allgem. deutsche Handelsgesetzbuch. Berlin 1891.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1900, 9. Aufl. ebenda 1906.
Wolff, Zur Lehre von der Mora. Göttingen 1841.
Zachariae-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts. Bd. 2. Freiburg 1894.
Fernerhin alle Sammlungen von Entscheidungen höherer und höchster Gerichtshöfe.

Die Abkürzungen entsprechen im allgemeinen den „Vorschlägen des Deutschen Juristentages für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken" (Berlin 1905. Guttentagsche Verlagsbuchhandlung).

Paragraphen ohne weitere Angabe sind Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543504_0042

Erster Abschnitt.

Einleitung: Die Abnahmepflicht außerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 1.

a) Gemeines Recht.

Im gemeinen Recht war es ein heftiger Streit, der sich um die Frage drehte, ob der Käufer eine Verpflichtung zur Abnahme der gekauften Sache habe. Den Ausgangspunkt und die Hauptstütze derjenigen, die eine solche annahmen, bildete die l. 9 D. de act. empt. et vend. (19, 1): „Si is, qui lapides ex fundo emerit, eos tollere nolit, ex vendito agi cum eo potest, ut eos tollat", wonach dem Verkäufer gegen den, der Steine aus einem Acker gekauft hat, die actio venditi auf Wegschaffung dieser Steine zusteht.

Bevor die Frage nach dem Bestehen einer Abnahmepflicht behandet wird, sei kurz von dem Begriffe der Abnahme im gemeinen Recht gesprochen. Die meisten älteren Pandektisten sprechen gar nicht über die Abnahme beim Kauf. Von denjenigen, die diese Frage behandeln, halten es die wenigsten für nötig oder angebracht, das „tollere" näher zu erklären. Es war wohl auch kaum ein Streit über diesen Begriff, obschon die einzelnen Juristen verschiedene Ausdrücke bei der Besprechung der obigen Digestenstelle gebrauchen, wie „abnehmen",[1] „nehmen",[2] „Wegnahme",[3] „Wegschaffen",[4] „Hinwegschaffung".[5] Sie geben auch durchweg nicht den Grund an, der sie zur Wahl des einen oder anderen Ausdrucks bewogen hat. Nur Thöl[6] sagt: „Abnahme heißt

---

[1]) Barkhausen in Z. f. HR. Bd. 30 S. 30; Brinkmann, Lehrb. d. HR. Bd. 1 S. 376; Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 267; Goldschmidt in Z. f. HR. Bd. 50 S. 58; Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 276; Treitschke, Der Kaufkontrakt S. 273; Windscheid-Kipp, Lehrb. des Pandektenrechts 8. Aufl. Bd. 2 S. 418 f.

[2]) Mommsen, Die Lehre von der Mora S. 134; Wolff, Zur Lehre von der Mora S. 192.

[3]) Thöl, Das HR. Bd. 1 S. 895 Anm. 2.

[4]) Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 17 S. 275.

[5]) Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht Bd. 2 S. 214 Anm. 103.

[6]) Thöl, Das HR. Bd. 1 S. 895 Anm. 2.

richtiger Wegnahme. Sie ist nicht insofern Abnahme, als dem Verkäufer etwas abgenommen wird, dies ist der Fall beim Empfang, wo ihm der Besitz abgenommen wird (welcher übertragen wird), sondern sie ist Wegnehmen vom Platz". Er sagt also, daß Abnahme lediglich eine örtliche Veränderung der Sache bedeute und kein juristischer Vorgang sei, der die Besitzübertragung zur Folge habe. Auch Sintenis[7]) erklärt sich näher, indem er sagt, die Klage auf Hinwegschaffung der Steine sei nicht dahin zu verstehen, daß der Käufer als Gläubiger dieselben nehmen solle und müsse, sondern daß er durch die Erfüllung des Kontrakts den Verkäufer von der Last und Unannehmlichkeit befreie, jene noch länger zu behalten. Demnach heißt also „tollere" lediglich, den Verkäufer von der Sache befreien, und hat dieses Wort nicht auch die Bedeutung einer Ansichnahme von seiten des Käufers. Bechmann[8]) spricht, allerdings ohne ausdrücklich auf die l. 9 D. 19, 1 Bezug zu nehmen, davon, daß der Käufer die Sache „nehmen" müsse, ebenso Endemann[9]) davon, daß der Käufer verpflichtet sei, die vertragsmäßig gelieferte Ware „anzunehmen". Endlich gibt das Oberlandesgericht Jena[10]) eine bemerkenswerte Begriffsbestimmung der Abnahme: „Zwar daß der Käufer sich die Ware aneigne oder sie in seinen Besitz bringe, kann unter keinen Umständen als ein Recht des Verkäufers angesehen werden, wohl aber, daß der Käufer ihn von der custodia über dieselbe und von der damit zusammenhängenden Leistung von Mühe- und Kostenaufwand oder Vorschuß entlaste".

Wir geben für das gemeine ebenso wie für das im folgenden behandelte preußische, französische und alte Handelsrecht dieselbe Begriffsbestimmung wie für das Bürgerliche Gesetzbuch und erklären die Abnahme als die rein körperliche Tätigkeit der Hinwegnahme der Kaufsache — deren auferre —, um den Verkäufer von der Sache zu entlasten. Bezüglich der Begründung dieser Begriffsbestimmung sei auf das in §§ 6 ff.[11]) Ausgeführte verwiesen. Die sich dort findende Begründung gilt auch größtenteils für die hier in Frage stehenden Rechtsgebiete.

Die Frage nun, ob eine Pflicht zur Abnahme der gekauften Sache im gemeinen Recht gegeben sei, wird verschieden beantwortet. Die einen bejahen die Frage ganz allgemein, so Bechmann,[12])

---

[7]) Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht Bd. 2 S. 214 Anm. 103.
[8]) Beckmann, System des Kaufs nach gemeinem Rechte Bd. 1 S. 101.
[9]) Endemann, Handb. des deutschen Handels-, See- u. Wechselrechts Bd. 2 S. 627.
[10]) OLG. Jena v. 15. 6. 1891 in Seufferts Arch. Bd. 47 S. 150 ff.
[11]) S. 17 ff. dieser Abh.
[12]) a. a. O. Bd. 1 S. 101.

Brinkmann,[13]) Endemann,[14]) Hirsch,[15]) Thöl,[16]) Treitschke.[17]) Sie geben stets aus dem Kaufvertrage eine Klage auf Abnahme.

Die anderen unterscheiden bezüglich des Rechtsgrundes, auf dem die Klage auf Abnahme nach ihrer Ansicht beruht, und teilen sich so wieder in zwei Gruppen. Während die erste als Rechtsgrund das Interesse des Verkäufers annimmt und dementsprechend nur dann eine Klage gibt, wenn ein solches vorhanden ist, sieht die zweite Gruppe den Rechtsgrund in einer von dem Käufer übernommenen besonderen Verpflichtung, die dem Käufer neben seinen sonstigen Verpflichtungen obliegt.

Die Vertreter der sogen. Interessentheorie verlangen teils ein im Augenblicke des Vertragsschlusses vorhandenes und dem Käufer erkennbares oder doch wenigstens ein in diesem Zeitpunkte voraussehbares Interesse des Verkäufers an der Abnahme, so Dernburg,[18]) teils genügt ihnen ein später hinzugekommenes. Die Verteidiger der letzteren Ansicht spalten sich wieder in zwei Lager, von denen das eine als Voraussetzung der Klage auf Abnahme ein beliebiges Interesse ausreichen läßt, so Barkhausen.[19]) Die andere Richtung geht in ihren Anforderungen noch weiter und läßt die Klage nur dann zu, wenn der Verkäufer ein besonderes Interesse für jeden einzelnen Fall nachweist. Letztere Ansicht wird vor allem vertreten von Sintenis,[20]) Wolff[21]) und der Praxis.[22]) Bezüglich dieses Nachweises stellte man jedoch keine hohen Anforderungen. Man nahm z. B.[23]) ein solches besonderes Interesse als gegeben an, wenn der Käufer die Annahme verweigerte und den Verkäufer die Kosten der Lagerung trafen.

Mit der Interessentheorie fällt in ihrem Endergebnis vielfach die Theorie zusammen, die als Rechtsgrund der Abnahmepflicht eine besondere neben dem Kaufvertrage übernommene Verpflichtung annimmt. Sie wird daher auch vielfach mit der Interessentheorie verwechselt und gleichgestellt. Zu ersterer Theorie bekennen sich

---

[13]) a. a. O. Bd. 1 S. 376.
[14]) a. a. O. Bd. 2 S. 627.
[15]) Hirsch, Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge S. 190.
[16]) a. a. O. Bd. 1 S. 895.
[17]) a. a. O S. 273.
[18]) Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 267.
[19]) a. a. O. Bd. 30 S. 51 f.
[20]) a. a. O. Bd. 2 S. 214 Anm. 103.
[21]) a. a. O. S. 490 ff.
[22]) RGZ. Bd. 5 S. 393, Bd. 30 S. 118; ferner die von Jakobi in Iherings Jahrb. Bd. 45 S. 260 Anm. 3—5 und die von Barkhausen a. a. O. S. 35 f. angeführten Entscheidungen.
[23]) RGZ. Bd. 30 S. 117; vgl. auch Jakobi a. a. O. S. 260, der noch mehr solcher Fälle anführt.

Mommsen, Kohler, Windscheid und neuerdings auch Jakobi und Schütze.[24])

Mommsen[25]) legt die l. 19 D. 19, 1 folgendermaßen aus: „Hier liegt aber ohne Zweifel ein gemischtes Geschäft vor. Der Eigentümer will durch den Verkauf nicht allein den Vorteil des Kaufpreises, sondern zugleich den Vorteil erlangen, daß sein Grundstück von den Steinen gereinigt werde; und auch in der letzteren Beziehung hat der Käufer durch den Kontrakt eine Verpflichtung (ausdrücklich oder stillschweigend) übernommen. Die letztere Verpflichtung ist es aber, welche durch die actio venditi in unserem Falle geltend gemacht wird. Gegen diese Erklärung kann man auch nicht einwenden, daß die gedachte Verpflichtung, streng genommen, außerhalb der Grenzen des eigentlichen Kaufkontrakts liegt, weil der Name des Kontrakts und der Klage nach dem Hauptinhalt des Geschäfts sich richtet. Vgl. auch die l. 16 pr. D. de praescr. verb. (19, 1), wo ein ähnlicher Fall besprochen wird".

Kohler[26]) denkt ähnlich. Er sagt, er verstehe die Stelle von einem Falle, wo die Abnahme der Steine zugleich als Leistung des Käufers gedacht sei. Das Grundstück sei kein Steinbruch, sonst würde lapidicina stehen, oder es wäre nicht von einem lapides tollere, sondern caedere die Rede. Es sei vielmehr ein gewöhnliches Grundstück, das eben Steine auf und in sich habe. Um einen auf dem Grundstück liegenden Steinhaufen könne es sich auch nicht handeln, weil der Jurist ex und nicht a fundo sage. Der Fall sei also der, daß Steine im Boden seien, welche der Käufer herausholen und an sich nehmen solle. Der Vertrag sei demnach nur so zu verstehen, daß der eine das Grundstück entsteint haben wolle und der andere die Steine bekommen solle. Die Steine, die doch nur einen geringen oder gar keinen Wert hätten, wolle der Besitzer forthaben und bezahle möglicherweise dem Käufer noch etwas darauf. Es liege also eigentlich ein Kauf auf der einen und ein Werkvertrag auf der anderen Seite vor, wobei Kaufpreis und Werkpreis sich gegenseitig als gleichwertig aufwiegen könnten. Die römischen Juristen hätten eben beide Verträge in einen zusammengezogen. Kohler führt dann noch mehrere Stellen an, in denen eine solche Zusammenfassung stattgefunden hat.

Windscheid[27]) äußert sich dahin, daß eine Verpflichtung des Gläubigers, dem Schuldner den zu leistenden Gegenstand binnen bestimmter Frist abzunehmen, durch die das Forderungs-

---

[24]) Schütze, Die Abnahmepflicht des Käufers S. 10.
[25]) a. a. O. S. 134 f. Anm. 3.
[26]) Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 276 f.
[27]) Windscheid-Kipp, Lehrb. des Pandektenrechts 8. Aufl. Bd. 2 S. 418 f.

recht erzeugenden Tatsachen ausdrücklich oder stillschweigend begründet sein könne. So sei auch die l. 1 D. 19, 1 zu verstehen.

Jakobi[28]) stimmt den Ausführungen Kohlers zu und bemerkt dabei, die in Frage stehende Pandektenstelle behandele nicht die Frage, ob eine Klage, sondern die, welche Klage gegeben sei, ob die actio empti oder eine andere, etwa die actio praescriptis verbis. Wenn Pomponius sage: „ex vendito cum eo agi posse", so liege der Hauptton auf „ex vendito", der Schriftsteller wolle sagen, die Kaufklage und keine andere Klage sei gegeben. Darauf deute auch die Anreihung dieser Pandektenstelle an l. 18 hin, in welcher ebenfalls die Frage erwogen werde, welche Klage im einzelnen Falle gegeben sei.

Wie schon oben[29]) erwähnt, fällt diese Theorie in ihrem Endergebnis mit der Interessentheorie meistenteils zusammen. Eine solche Nebenverpflichtung zur Abnahme wird eben dann nur übernommen, wenn der Verkäufer ein Interesse an der Abnahme hat. Die Interessentheorie geht nur insofern weiter, als auch ein nach Vertragsschluß eingetretenes Interesse zur Begründung der Abnahmepflicht ausreicht.

Die Theorie der übernommenen Nebenverpflichtung ist u. E. die richtige, und man kann ihrer Begründung zustimmen. Da die l. 9 D. 19, 1 nicht allgemein eine Abnahmepflicht für den Käufer festsetzt, so kann eine solche nur auf Grund ausdrücklicher oder stillschweigender Parteivereinbarung angenommen werden. Die einseitige Berücksichtigung der Interessen des Verkäufers kann und darf nicht dazu verleiten, eine Abnahmepflicht ohne besondere Vereinbarung als gegeben zu betrachten.

§ 2.

b) Preußisches Recht.

Während also das gemeine Recht keine allgemeine Klage auf Abnahme kannte, war jedoch durch das allgem. Landrecht für die preußischen Staaten eine solche gegeben. Unter dem Marginale „Verbindlichkeiten des Käufers" enthielt es in I, 11 § 215 die Bestimmung: „Ist der Verkäufer bereit, die Sache vertragsmäßig zu übergeben, so ist der Käufer sie sofort zu übernehmen schuldig".

Auch der Ausdruck „übernehmen" wird nirgendwo näher erklärt. Er wird allgemein als gleichbedeutend mit „Abnahme"

---

[28]) Jakobi, Die Abnahmepflicht des Käufers, in Iherings Jahrb. Bd. 45 S. 260 ff.

[29]) S. 3 dieser Abh.

aufgefaßt und gebraucht. Förster-Eccius[30]) gebrauchen einmal den Ausdruck „übernehmen", ein anderes Mal den Ausdruck „nehmen". Aus der Fassung des Gesetzes wird man aber wohl schließen dürfen, daß die Übernahme durch den Käufer die der Übergabe des Verkäufers entsprechende Handlung ist. Dieser Ansicht scheinen auch Förster-Eccius[31]) zu sein.

Die Pflicht des Käufers zur Abnahme wird geleugnet von Laband[32]) mit der Begründung, daß die Folgen des Abnahmeverzuges ausschließlich in I, 11 §§ 216—220 festgesetzt seien und aus diesen Paragraphen eine Klage auf Abnahme nicht abgeleitet werden könne. Die Bedeutung des § 215 bestehe darin, daß er den Zeitpunkt des Eintritts dieser Verzugsfolgen festsetze.

Auch Dernburg[33]) schränkt die Abnahmepflicht, die er nicht, wie Laband, leugnet, immerhin bedeutend ein, und zwar dahin, daß eine solche nur dann gegeben sei, „wenn dies die Absicht des Vertragschließenden gewesen sei, möge sie ausdrücklich ausgesprochen sein oder sich aus der Natur und Beschaffenheit der Ware ergeben".

Mit Ausnahme dieser beiden Schriftsteller hat aber die gesamte Literatur und Praxis[34]) eine Pflicht zur Abnahme bei jedem Kauf und dementsprechend eine Klage auf Abnahme für gegeben erklärt, teilweise unter ausdrücklicher Zurückweisung der Ansichten Labands und Dernburgs,[35]) die ja auch in keiner Weise eine Stütze im Gesetze finden, dessen Wortlaut klar und unzweideutig eine Abnahmepflicht festsetzt.

§ 3.

c) Französisches Recht.

Das französische Recht enthielt in seinem code civil keine ausdrückliche Bestimmung über eine Abnahmepflicht des Käufers. Haugen, Bachem und Crome nehmen eine solche an.

---

[30]) Förster-Eccius, Preuß. PrivR. Bd. 2 S. 66.

[31]) Förster-Eccius, Preuß. PrivR. Bd. 2 S. 66.

[32]) Laband, Zum zweiten Buche des Entw. eines BGB. im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 74 S. 305 ff.

[33]) Dernburg, Lehrb. d. preuß. PrivR. Bd. 2 S. 402.

[34]) Förster-Eccius a. a. O. S. 26; Hirsch, Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge S 194 ff.; Jakobi a. a. O. S. 262; Schütze a. a. O. S. 18 f.; Sprenger, Über die Klage des Verkäufers gegen den Käufer auf Abnahme der verkauften Sache nach § 495 Abs. 2 des Entw. eines BGB. für das Deutsche Reich, in Gruchots Beitr. Bd. 34 S. 596; RG. v. 26. 1. 1887 in Gruchots Beitr. Bd. 31 S. 938; RGZ. Bd. 26 S. 216 ff.

[35]) So Förster-Eccius, Hirsch und Schütze a. a. O.

Nach Haugen[36]) gibt es eine Pflicht auf Ab- oder Empfangnahme, soweit nicht die art. 1256—1264 code civil den Weg des tatsächlichen Angebots und der Hinterlegung eröffnen.

Bachem[37]) will die Klage auf Ab- oder Empfangnahme stets gegeben wissen. Er begründet dies, indem er ausführt: Wenn der art. 1650 code civil als principale obligation die Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises erwähne, so sei als obligation seconde oder secondaire, die ja nirgends im code civil erwähnt werde, die Pflicht zur Ab- oder Empfangnahme anzunehmen. „Diese Stelle bedeutet aber", wie Striebinger[38]) richtig bemerkt, „nichts weiter, als daß beim Kauf neben der wesentlichen Verpflichtung zur Preiszahlung noch eine Reihe anderer Verpflichtungen bestehen können, welche für den Kauf aber nicht wesentlich sind."

Crome[39]) gibt eine Klage auf Abnahme nur bei einer hierauf sich beziehenden ausdrücklichen oder stillschweigenden Parteivereinbarung. Er sagt, „hierfür sei insbesondere von Bedeutung, ob für den Schuldner ein besonderes Interesse an der Abnahme vorliege, und ob dieses Interesse nach dem Begriffe der Obligation selbst zur Begründung einer Verpflichtung für den Gläubiger ausreiche. Dazu gehöre in erster Linie, daß die Abnahme den Charakter einer vermögenswerten Leistung habe, sei es schon an sich oder insofern, als z. B. diese Verpflichtung auf Bestimmung des Äquivalents für die Leistung in Anrechnung gekommen sei". Striebinger[40]) tritt dieser Meinung bei. Sie ist u. E. auch die richtige. Man wird also hier wie im gemeinen Recht, da eine hierauf sich beziehende ausdrückliche Gesetzesbestimmung fehlt, eine Abnahmepflicht nur bei besonderer, ausdrücklicher oder stillschweigender Parteivereinbarung annehmen können.

§ 4.

d) Das alte Handelsgesetzbuch und fremdes Recht.

Art. 346 a. HGB. lautet: „Der Käufer ist verpflichtet, die Ware zu empfangen, sofern sie vertragsmäßig beschaffen ist oder

---

[36]) Haugen, Ist nach dem code civil eine Klage auf Empfangnahme zulässig? in Puchelts Z. Bd. 33 S. 376 ff. Zu der Frage, ob es nach dem code civil eine Klage auf Empfangnahme oder Abnahme und auf Spezifikation gibt, in Puchelts Z. Bd. 45 S. 145 ff.

[37]) Bachem, Zu der Frage, ob es nach dem code civil eine Klage auf Empfangnahme oder Abnahme und auf Spezifikation gibt, in Puchelts Z. Bd. 23 S. 705 ff.

[38]) Striebinger, Der Begriff der Abnahme beim Kauf- und Werkvertrag S. 26.

[39]) Crome, Die Grundlehre des französ. Obligationenrechts S. 186 f.

[40]) a. a. O. S. 26.

in Ermanglung besonderer Verabredung den gesetzlichen Erfordernissen entspricht (Art. 355). Die Empfangnahme muß sofort geschehen, wenn nicht ein anderes bedungen oder ortsgebräuchlich oder durch die Umstände geboten ist". Art. 343 legt dem Verkäufer eine Aufbewahrungspflicht auf für die Zeit, daß der Käufer mit der „Empfangnahme" nicht im Verzuge ist.

Schon unter den Redaktoren des alten Handelsgesetzbuchs bestanden Meinungsverschiedenheiten über die Begriffe „empfangen" und „Empfangnahme". Wie Hackert[41]) ausführlich darlegt, verstanden die Redaktoren unter Empfangnahme in Art. 343 die tatsächliche Hinwegnahme und in Art. 346 die Entgegennahme der Übergabe. Nach einer anderen unter ihnen vertretenen Meinung kann empfangen nur als kaufmännisches Empfangen verstanden werden und ist daher mit genehmigen gleichbedeutend.

Dieselbe Uneinigkeit bezüglich dieser Begriffe herrschte auch in der Folgezeit.

Das Reichsoberhandelsgericht und das Reichsgericht blieben sich in ihrer Rechtsprechung nicht gleich bei der Begriffsbestimmung der Empfangnahme, indem sie einmal den Gesichtspunkt der Anerkennung als Erfüllung damit verbanden,[42]) ein anderes Mal wieder nicht.[43])

Entsprechend der wechselnden Stellung dieser Gerichtshöfe sind die Ansichten der Schriftsteller geteilt, indem sich der eine auf diese, der andere auf jene Entscheidung beruft.

Staub[44]) versteht bei Art. 343 unter Empfangnahme „das tatsächliche Ansichnehmen", bei Art. 346 gibt er folgende Begriffsbestimmung vom Empfange[45]): „Es ist darunter zu verstehen das Übernehmen der Ware durch den Käufer aus der Verfügung des Verkäufers in die eigene oder das tatsächliche Annehmen der Ware am Ablieferungsort". Stets aber weist Staub den Gesichtspunkt der Genehmigung zurück.

Makower[46]) und Willenbücher[47]) hingegen verbinden mit dem Begriff Empfangnahme immer den Gesichtspunkt der Anerkennung als Erfüllung und sehen sie als Annahme der Übergabe an.

---

[41]) Hackert, Die Begriffe Ablieferung, Abnahme, Annahme und Empfangnahme im Kauf- und Frachtrecht nach bürgerlichem und Handelsrecht, Diss., S. 63 ff.

[42]) ROHG. Bd. 21 S. 259; RGZ. Bd. 3 S. 89, Bd. 30 S. 117.

[43]) ROHG. Bd. 7 S. 359; RGZ. Bd. 43 S. 46: Diese Entscheidung handelt zwar von der Empfangnahme des Art. 343, die jedoch, wie Jakobi a. a. O. S. 263 u. E. mit Recht bemerkt, mit der des Art. 346 gleichbedeutend ist. RG. v. 30. 3. 1881 in Z. f. HR. Bd. 26 S. 565 ff.

[44]) Staub, Komm. z. allgem. deutschen HGB. Bd. 5 S. 858 f.

[45]) a. a. O. S. 872.

[46]) Makower, Allgem. deutsches HGB. mit Komm. Bd. 11 S. 348.

[47]) Willenbücher, Das allgem. deutsche HGB. § 348.

Jakobi[48]) und Hirsch[49]) sprechen von Abnahme und verbinden damit anscheinend denselben Begriff, wie mit der Abnahme des Bürgerlichen Gesetzbuchs.[50])

Schütze[51]) sieht in der Empfangnahme die räumliche Fortschaffung, Hackert[52]) in der des Art. 343 die Annahme und in der des Art. 346 die Abnahme, d. i. die Entfernung der Kaufsache aus dem Gewahrsam des Verkäufers, und Kohler[53]) endlich stellt Empfangnahme und Annahme völlig gleich.

„Bei unbefangener Betrachtung der Gesetzesworte sollte man es als zweifellos erachten, daß der Käufer auf Erfüllung der Empfangnahme verklagt werden kann", sagt Staub,[54]) und ihm ist u. E. beizupflichten. Jedoch war die gegenteilige Ansicht zur Zeit der Geltung des alten Handelsgesetzbuchs die herrschende, zum mindesten in der Praxis.

Vor allem vertritt das Reichsgericht[55]) den Standpunkt, daß Art. 346 nicht die Bedeutung habe, daß er dem Verkäufer ein klagbares Recht auf Empfangnahme gebe; die Frage, ob ein solches gegeben sei, regele sich vielmehr nach dem im einzelnen Falle anwendbaren Landesrechte. Seine Ansicht begründet das Reichsgericht damit, daß Art. 346 keine Bestimmung darüber treffe, welche Folgen einträten, wenn der Käufer die durch diesen Artikel festgesetzte Verpflichtung verletze.[56]) Dieser Meinung des Reichsgerichts schloß sich fast die ganze Praxis an.[57])

In der Literatur ist das Verhältnis anders. Zwar huldigen auch hier u. a. Kohler, Laband und Makower[58]) der in der Praxis herrschenden Meinung, aber es findet sich doch eine beträchtliche Anzahl gewichtiger Stimmen, die für die entgegengesetzte Meinung eintreten.

---

[48]) a. a. O. S. 263.
[49]) a. a. O. S. 196 f.
[50]) vgl. §§ 8 ff. dieser Abh.
[51]) a. a. O. S. 17.
[52]) a. a. O. S. 68.
[53]) Iherings Jahrb. Bd. 17 S. 261 ff.
[54]) a. a. O. S. 874.
[55]) RGZ. Bd. 5 S. 393, Bd. 14 S. 214 ff., Bd. 30 S. 117 ff.; RG. v. 26. 1. 1887 in Gruchots Beitr. Bd. 31 S. 938 ff.
[56]) RGZ. Bd. 14 S. 247 und ähnlich Bd. 26 S. 214 ff.
[57]) AppG. Celle v. 31. 10. 1876 in Seufferts Arch. Bd. 32 S. 157; OLG. Rostock v. 16. 11. 1883 in Seufferts Arch. Bd 40 S. 151 f.; OLG. Kiel v. 27. 10. 1884 in Seufferts Arch. Bd. 40 S. 294; OLG. Jena v. 15. 6. 1891 in Seufferts Arch. Bd. 47 S. 151 f. In letzterer Entscheidung wird zugegeben, „daß der Wortlaut immerhin entgegengesetzt verwertet werden könne". And. A.: ROHG. Bd. 21 S. 255 ff.; ferner die von Barkhausen a. a. O. Bd. 30 S. 56 angegebenen Entscheidungen des HandelsAppG. Nürnberg, des Obergerichts und des Handelsgerichts Bremen.
[58]) a. a. O. S. 348.

Nach Kohler[59]) ist der Art. 346 „unrichtig gefaßt", da der Gläubiger nie zur Annahme verpflichtet sein könne. Laband[60]) legt entsprechend seiner Stellungnahme für das preußische Recht[61]) dem Art. 346 die Bedeutung zu, daß er dem Käufer eine uneigentliche Pflicht[62]) auferlege, und daß durch diesen Artikel nur der Zeitpunkt festgelegt werde, in dem die Nachteile des Annahmeverzuges den mit der Empfangnahme säumigen Käufer träfen. Der Fehler dieser beiden Schriftsteller ist die unrichtige Gleichstellung von Annahme und Empfangnahme. Auf dieser fehlerhaften Grundlage beruht ihre infolgedessen auch unrichtige Auffassung von der Pflicht zur Empfangnahme und der Natur dieser Pflicht.

Vor allem tritt Staub,[63]) wie schon oben[64]) angedeutet, für die Klagbarkeit der Verpflichtung des Käufers zur Empfangnahme aus Art. 346 ein. Er führt im Anschluß an die oben[65]) angeführte Bemerkung aus: „Unseres Erachtens ist es für den Handelskauf gleichgültig, ob nach Landesrecht ein klagbares Recht auf Abnahme besteht oder nicht, da nicht ersichtlich ist, wie man angesichts des bestimmten und klaren Wortlautes des vorliegenden Artikels daran zweifeln kann, daß das Handelsgesetzbuch für den Handelskauf ein solches Recht gewähren wollte. Fast erscheint es unmöglich, eine klagbare, rechtliche Verpflichtung noch deutlicher zu statuieren, als es hier geschehen ist".

Auch Barkhausen[66]) nimmt eine Klage auf Empfangnahme als gegeben an: Der durch Art. 343 für den Verkäufer festgesetzten Pflicht zur Aufbewahrung der Ware entspreche die Verpflichtung des Käufers zur Abnahme. Die Bedeutung der Klage auf Empfangnahme sieht Barkhausen darin, baldigst eine Entscheidung über die Empfangbarkeit der Ware herbeizuführen. Er weist nach, daß dieser Art. 346 überflüssig wäre, wenn er die ihm von der Praxis fast allgemein zugelegte Bedeutung hätte.

Ebenso erklärt sich Hirsch[67]) für das Bestehen einer klagbaren Pflicht zur Empfangnahme. Er beruft sich auf die Motive sowie auf die „energische Fassung" des zweiten Satzes dieses Artikels: „Die Empfangnahme muß sofort geschehen". Außerdem

---

[59]) In Iherings Jahrb. Bd. 17 S. 266.
[60]) a. a. O. S. 306.
[61]) vgl. S. 6 dieser Abh.
[62]) vgl. für diesen Begriff § 15 S. 56 dieser Abh.
[63]) a. a. O. S. 874 f.
[64]) S. 9 dieser Abh.
[65]) S. 9 dieser Abh.
[66]) a. a. O. S. 55 f.
[67]) a. a. O. S. 197, 296.

kann, wie er ausführt, „überhaupt wohl kaum bezweifelt werden, daß das Handelsgesetzbuch alle Veranlassung hatte, die für den Handelsverkehr so wichtige Frage der Zulässigkeit der Klage auf Abnahme für das ganze Rechtsgebiet der Geltung des Gesetzbuches einheitlich und zweifelsfrei zu entscheiden", und durch diesen Artikel sei für den Handelskauf schlechthin eine Klage auf Abnahme festgesetzt. Man könne unmöglich annehmen, daß die Entscheidung dieser Frage den Landesgesetzen überlassen bleiben sollte.

Jakobi[68]) bezeichnet die Auslegung des Reichsgerichts als eine gewagte. Wenn Art. 346 nicht die Bedeutung habe, daß er eine Pflicht des Käufers festsetze, den Verkäufer von dem Besitz der Sache durch Abnahme zu befreien, so würde sich aus ihm nur die Folge ergeben, daß bei seiner Verletzung Annahmeverzug gegeben sei. Das ergebe sich aber nach allen Landesrechten auch ohne diesen Artikel, so daß dieser dann überflüssig sei.

Mit Schütze[69]) ist der Ansicht der letzteren Schriftsteller u. E. beizupflichten. Der Wortlaut läßt sich, ohne ihm Zwang anzutun, nicht anders verstehen. Vor allem ist der Grund des Reichsgerichts, daß das Handelsgesetzbuch die Folgen der Nichterfüllung der Abnahmepflicht nicht festlege, u. E. kein durchschlagender. Was in diesem Falle zu geschehen hat, ergibt sich aus den allgemeinen Regeln, die für den Fall gelten, daß ein Schuldner seine Pflicht nicht erfüllt. Abgesehen von der Geltendmachung der Verzugsfolgen wird man den säumigen Schuldner verklagen und nach seiner Verurteilung die Zwangsvollstreckung gegen ihn betreiben. Diese Folgen sind auch in anderen Fällen klagbarer Verpflichtung wohl nur sehr selten ausdrücklich erwähnt und besonders festgelegt.

Zu bemerken ist endlich noch, daß das österr. Bürgerliche Gesetzbuch in seinem § 1062 eine Verpflichtung des Käufers zur „Übernahme" der Sache, und das schweizer. Bundesgesetz über das Obligationenrecht in seinem Art. 260 eine solche zur „Annahme" oder „Empfangnahme", welch beide Ausdrücke es als gleichbedeutend in demselben Artikel gebraucht, festsetzt. Ebenso wollten der hessische[70]) und der Dresdener[71]) Entwurf eine Abnahmepflicht des Käufers einführen.

---

[68]) a. a. O. S. 263.
[69]) a. a. O. S. 18.
[70]) Buch 2 Titel 1 Art. 21.
[71]) Art. 453.

Zweiter Abschnitt.

§ 5.

Der Begriff Annahme im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Bei der Erklärung und Auslegung des Begriffs der Abnahme wird der Begriff der Annahme vielfach gebraucht werden müssen. Er sei daher hier kurz erörtert. Annahme bedeutet nach dem Sprachgebrauche des täglichen Lebens etwas an sich, zu sich nehmen, in seinen Besitz, seine Verfügungsgewalt bringen. Es gehören dazu zwei Bestandteile: a) ein Heraustreten aus dem Besitz oder Gewahrsam des Gebenden und b) ein Eintreten in den des Annehmenden. Es liegt aber in vielen Fällen neben diesen beiden körperlichen Bestandteilen ein dritter, ein geistiger, in der Annahme, nämlich die übereinstimmende Willensrichtung beider Parteien (allerdings von entgegengesetztem Interessenstandpunkte aus), die Sache als Erfüllung einer bestimmten Verbindlichkeit zu geben bezw. zu nehmen. Der auf Annahme als Erfüllung gehende Wille des Annehmenden kann und wird auch vielfach dahin gehen, daß die Erfüllung durch die Annahme endgültig vollendet und an dieser Tatsache nicht dadurch zu rütteln sei, daß späterhin Mängel der angenommenen Sache geltend gemacht würden, m. a. W., es könnte die Annahme als Erfüllung eine Billigung der Sache als vertragsmäßig und soweit einen Verzicht auf eine etwaige Mängelrüge enthalten, ein Gesichtspunkt, der aber naturgemäß nicht ohne weiteres in der Annahme als Erfüllung liegt.

Es fragt sich nur, welchen Begriff das Bürgerliche Gesetzbuch mit der Annahme verbindet. Von den Paragraphen, die von der Annahme handeln, spricht nur § 363 ausdrücklich von der Annahme als Erfüllung. Nach der herrschenden Meinung[1]) spricht das Bürgerliche Gesetzbuch nur von Annahme im Sinne der Annahme als Erfüllung.

---

[1]) Düringer u. Hachenburg, Komm z. HGB. Bd. 3 S. 211; Endemann, Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 1 S. 794 f.; Laband a. a. O. S. 310; Planck, BGB. § 464 Anm. 1a; Rosenberg, Der Verzug des Gläubigers, in Jherings Jahrb. Bd. 43 S. 253 f.; Rümelin, Dienst- und Werkvertrag S. 218 ff.; Schöller, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Miet- und Dienstvertrag, in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 37 f.; Staudinger, Komm. z. BGB. § 293 Anm. 1b; Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse § 464 Anm. 2, § 363 Anm. 1; RGZ. Bd. 57 S. 358.

Welches ist nun die Bedeutung und Tragweite dieser „Annahme als Erfüllung"? Zweifellos[2]) gehört hierzu, wie schon oben gesagt, der Austritt der Sache aus dem Besitz des Gebenden in den des Nehmenden oder seines Stellvertreters. Hinzu kommt außerdem der Wille des Gebenden, die Sache als Erfüllung eines bestimmten Schuldverhältnisses zu geben, und der erkennbare Wille der Gegenpartei, sie als solche zu nehmen. Dieser Wille braucht nicht ausdrücklich ausgesprochen zu werden, es genügt, ein bewußtes äußeres Verhalten, aus dem nach der Anschauung des Geschäftslebens auf Billigung geschlossen werden kann, z. B. Nichtrücksendung, Ingebrauchnahme".[3])

Zur Begründung der Ansicht, daß Annahme im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs stets Annahme als Erfüllung sei, führt Hackert[4]) aus, jedes Schuldverhältnis stelle eine Belastung für den Schuldner dar, und es liege dem Schuldner nicht nur daran, daß er die geschuldete Leistung los werde, sondern vor allem daran, daß mit dieser Leistung das Schuldverhältnis gelöst werde. Das Schuldverhältnis erlösche aber nun gewöhnlich durch die Erfüllung, die Bewirkung und Hinnahme der Leistung als der geschuldeten, es erlösche nicht dadurch, daß der Schuldner von der betreffenden Leistung durch den Gläubiger befreit werde. Hackert führt zur Veranschaulichung folgendes Beispiel an: A verkauft dem B ein Pferd. Als dieses dem B gebracht wird, erklärt derselbe, das Pferd sei nicht das geschuldete, er wolle es aber behalten, bis ihm A ein anderes bringe. Hier sei trotz der Inbesitznahme von seiten des B das Schuldverhältnis auf Leistung eines Pferdes nicht erloschen. Diesen Ausführungen ist u. E. zuzustimmen.

Einen weiteren treffenden Beweisgrund bringt in dieser Beziehung Schmitz[5]) vor. Er sagt, die Auffassung, daß die Annahme im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht Annahme als Erfüllung, sondern einfache Entgegennahme bedeute, „würde zu den größten Härten für den Schuldner führen. So würde der Gläubiger, der den geschuldeten Gegenstand zwar tatsächlich entgegennehme, aber unberechtigterweise nicht als Erfüllung des Vertrags gelten lassen wolle, nicht in Annahmeverzug kommen, wenn ihm der Schuldner unter diesen Umständen seine völlig vertragsmäßige Sache vorsichtigerweise nicht ausliefere, sondern wieder mit sich nehme. Es könne nicht der Wille des Gesetzgebers

---

[2]) And. A. Rosenberg a. a. O. S. 258, auf dessen Ausführungen auf S. 15 f. zurückzukommen ist.

[3]) Oertmann a. a. O. § 363 Anm. 1; vgl. dazu Rümelin a. a. O. S. 220; Planck a. a. O. § 363 Anm. 1; RGZ. Bd. 57 S. 339.

[4]) a. a. O. S. 46.

[5]) Schmitz, Von der Abnahmepflicht des Käufers und Werkbestellers, Diss. S. 7.

sein, den Schuldner in solcher Lage noch weiter die Kosten der Aufbewahrung des Schuldgegenstandes tragen und in gleicher Weise weiter haften zu lassen".

Was nun die Tragweite und die Folgen der Annahme als Erfüllung anbetrifft, so gilt folgendes: Sie „enthält keine Approbation, keine Billigung oder Anerkennung der Vertragsmäßigkeit der Leistung. Wäre dies der Fall, so müßte sie wenigstens die materiellrechtliche Folge haben, daß der Gläubiger die Befugnis verlöre, offenbare Mängel und Vertragswidrigkeiten, die er bei einer Besichtigung erkennen konnte, zu rügen; es müßte eine Verpflichtung des Gläubigers vorhanden sein, vor der Annahme zu besichtigen und zu prüfen. Eine solche Folge und eine solche Verpflichtung kennt das Gesetz nicht. Es knüpft an die Annahme als Erfüllung lediglich die Umkehrung der Beweislast zum Nachteile des Gläubigers. Diese gründet sich aber nicht darauf, daß der Gläubiger durch die Annahme die Vertragsmäßigkeit der Leistung anerkannt, die Leistung als vertragsmäßig gebilligt hat, sondern lediglich darauf, daß wenigstens äußerlich, wenigstens formell (Mot. Bd. 2 S. 204),[6]) Erfüllung vorliegt und der Gläubiger, der die Leistung nicht zurückgewiesen hat, die Tatsache der äußerlich vollzogenen Erfüllung gegen sich gelten lassen muß, wenn er nicht nachweist, daß sie tatsächlich keine solche, oder daß sie nicht ordnungsmäßig war".[7]) „Der Gläubiger, dem die geschuldete Sache übergeben wird, kann die Verschiebung der Beweislast dadurch ausschließen, daß er sie in einzelnen bestimmten Beziehungen beanstandet und dem Gegner dadurch die Möglichkeit gewährt, den Beweis der Vertragsmäßigkeit der Sache gerade in den beanstandeten Beziehungen zu erbringen. Dagegen genügt ein allgemein gehaltener Vorbehalt nicht. Die Mot. (Bd. 2 S. 205)[8]) lehnen die betreffende Bestimmung des sächs. Gesetzbuchs (§ 863) mit der Motivierung ab, daß durch die Zulassung eines allgemeinen Vorbehalts die Vorschrift einen großen Teil ihrer Bedeutung verlieren würde".[9])

Unsere Ansicht, daß Annahme im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs Annahme als Erfüllung ist, bestätigt sich als richtig, wenn man in den einzelnen Paragraphen, in denen das Wort vorkommt, diesem obige Bedeutung zugrunde legt. Einige Beispiele sollen dies zeigen: Nach §§ 283 u. 326 kann der Gläubiger dem Schuldner eine Frist setzen mit der Erklärung, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Das Gesetz

---

[6]) Mugdan, Die ges. Mat. z. BGB. Bd. 2 S. 113.
[7]) Schöller a. a. O. S. 38.
[8]) Mugdan, Mat. Bd. 2 S. 113.
[9]) Rümelin a. a. O. S. 221.

will nun für den Fall des fruchtlosen Fristablaufes dem Gläubiger einen möglichst gleichwertigen Ersatz bieten für die nicht geschehene Leistung und deren Annahme, also für den Schaden, der infolge der durch das Verhalten des Schuldners nicht erfolgten Annahme entstanden ist. Dies tut es dadurch, daß es dem Gläubiger Schadenersatz wegen Nichterfüllung zubilligt. Es sieht also Schadenersatz wegen nicht geschehener Annahme und somit Erfüllung und Annahme als wirtschaftlich gleichwertig an. Dies kann es aber nur dann, wenn es mit dem letzteren Begriffe den der Annahme als Erfüllung verbindet.

Fernerhin schafft das Gesetz dem Schuldner bei Gläubigerverzug ein Hilfsmittel, welches ihm dieselben Folgen bringen soll wie die Annahme durch den Gläubiger. Es ist dies die Hinterlegung mit dem Verzicht auf Rücknahme, welche den Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreit (§§ 372, 376, 378). Dies ist also die Wirkung dieses Hilfsmittels. Wenn das nun auch die Wirkung der Annahme sein soll, so muß man unter Annahme zweifelsohne die Annahme als Erfüllung verstehen.

Dieser Auffassung widersprechen auch die §§ 464, 539 nicht, wenn sie einen Vorbehalt wegen einzelner Mängel trotz der Annahme als Erfüllung zulassen, vielmehr können diese Paragraphen uns nur in unserer Ansicht bestärken. Wenn das Gesetz dem Käufer und Mieter die Rechte aus bekannten Mängeln der eingenommenen Sache abschneidet für den Fall, daß er keinen Vorbehalt bei der Annahme macht, so legt es der Annahme die Bedeutung einer stillschweigenden Genehmigung bezüglich dieser Mängel bei, eine Wirkung, die es unmöglich mit dem rein körperlichen Besitzübergang verbinden kann.

Bei einer körperlichen Leistung genügt die bloße Erklärung, daß man die Leistung genehmige, ohne die körperliche Inbesitznahme im allgemeinen nicht zur Annahme. Rosenberg[10]) sagt allerdings, die körperliche Inbesitznahme sei zur Annahme weder erforderlich noch ausreichend. Während man der letzteren Behauptung nach obigen Ausführungen unbedenklich zustimmen kann, muß die erstere in ihrer Allgemeinheit ernstlich angezweifelt werden. Als Beispiel hierfür führt Rosenberg folgendes an: B kauft von A ein ihm bekanntes Pferd und veräußert es, ohne daß es ihm übergeben wird, an C weiter, der es bei A abholt. Das Beispiel deckt die Behauptung nicht. C handelt im Verhältnis zu A als Vertreter des B, für den er die körperliche Inbesitznahme vornimmt. Im Verhältnis zu B ist C Beauftragter oder Geschäftsführer ohne Auftrag; er führt zweifellos ein Geschäft, besorgt eine

[10]) a. a. O. S. 258.

Angelegenheit des B, indem er durch die Inbesitznahme den B vor den Folgen des Annahmeverzuges bewahrt. Dies verträgt sich auch mit unserer Auffassung: Die Inbesitznahme braucht nicht durch den Annehmenden persönlich zu geschehen, sie ist vielmehr eine vertretbare Handlung.[11]) Wäre die Inbesitznahme und damit auch die Wegnahme nicht erforderlich, reichte die bloße Anerkennung als Erfüllung zur Annahme aus, so würde, wenn der Käufer erklärte, er erkenne die Sache als Erfüllung an, kein Annahmeverzug vorliegen. Beim Kauf- und Werkvertrag hat der Verkäufer in diesem Falle allerdings die Klage auf Abnahme, aber bei anderen Verträgen ist diese nicht gegeben, und der Schuldner müßte trotz größter Belästigung durch die Sache und ohne Entschädigung hierfür dieselbe in seinem Besitz halten, ohne dabei wenigstens der Vorteile aus dem Annahmeverzuge teilhaftig zu werden. Daß das Bürgerliche Gesetzbuch den Gesichtspunkt des Wegschaffens und damit auch des Inbesitznehmens[12]) mit dem Begriffe der Annahme verbindet, ergibt sich aus § 304, welcher dem Gläubiger im Falle des Annahmeverzuges die Kosten der Aufbewahrung und Erhaltung auferlegt. Es geht dabei von dem Gedanken aus, daß wenn der Gläubiger angenommen hätte, der Schuldner von der Aufbewahrung befreit sein würde. Da er sie aber infolge des Annahmeverzuges des Gläubigers noch hat, so soll er wenigstens schadlos gehalten werden dadurch, daß ihm die hierdurch entstehenden Kosten ersetzt werden müssen.

Durch Parteivereinbarung kann der Besitzübergang allerdings fortfallen, z. B. beim constitutum possessorium, wo der Annehmende den Besitz gar nicht erhält, oder wenn der Käufer anschließend einen Verwahrungsvertrag mit dem Verkäufer bezüglich der Sache abschließt, so daß die Sache bei dem Verkäufer verbleibt.

Die körperlichen Bestandteile der Annahme entfallen natürlich bei nicht körperlichen Leistungen, da diese ja nicht in Besitz genommen werden können.

Eine klagbare und vollstreckbare Pflicht zur Annahme gibt es nicht, wie Kohler[13]) nachgewiesen hat; sie würde gegen das Wesen des Schuldverhältnisses verstoßen.[14]) Ein mittelbarer Zwang zur Annahme liegt allerdings in den Bestimmungen über die Folgen des Annahmeverzuges. Dieser hat zur Voraussetzung Nichtannahme einer gehörig angebotenen Leistung, aber im Gegen-

---

[11]) vgl. § 12 dieser Abh.

[12]) vgl. wegen des notwendigen Zusammentreffens des Wegschaffens und des Inbesitznehmens § 10 dieser Abh.

[13]) Iherings Jahrb. Bd. 17 S. 261 ff.

[14]) Ebenso Crome, System des deutschen bürgerl. R. Bd. 2 S. 145; wenn im weiteren Verlaufe Crome angeführt ist, so ist es immer dieses Werk.

satz zum Schuldnerverzug keinerlei Verschulden, und zur Folge eine Reihe von Nachteilen für den säumigen Gläubiger. Diese sind folgende: Der Schuldner hat nur noch Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten; die Gefahr bei Gattungsschulden geht auf den Gläubiger über (§ 300). Der Schuldner braucht keine Zinsen mehr zu zahlen (§ 301). Herauszugebende Nutzungen beschränken sich auf die tatsächlich gezogenen, der Schuldner haftet also nicht für schuldhaft nicht gezogene (§ 302). Der Schuldner kann Ersatz der Mehraufwendungen verlangen, die er für das erfolglose Angebot sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes machen mußte (§ 304). Allgemein ein Recht auf Ersatz des Schadens, der dem Schuldner durch den Gläubigerverzug entsteht, billigt das Gesetz dem Schuldner aber nicht zu. Den Besitz (nicht das Eigentum!) des geschuldeten Grundstücks kann der Schuldner nach geschehener tunlicher Androhung aufgeben (§ 303). Geld, Wertpapiere, sonstige Urkunden, Kostbarkeiten und andere von den Landesgesetzen bezeichnete bewegliche Sachen (Art. 146 EG. z. BGB.) können hinterlegt werden (§ 372). Nicht zur Hinterlegung geeignete bewegliche Sachen kann der Schuldner am Leistungsorte versteigern lassen und den Erlös hinterlegen (§§ 383ff.). Für den Handelskauf gilt endlich noch die Besonderheit, daß der Verkäufer die Ware auf Gefahr und Kosten des Käufers in einem öffentlichen Lagerhaus oder sonst in sicherer Weise hinterlegen kann (§ 373 HGB).

Dritter Abschnitt.

Der Begriff der Abnahme beim Kauf.

§ 6.

a) Im Sinne des täglichen Lebens.

Abnehmen im Sinne des täglichen Lebens heißt wegnehmen, fortnehmen. Es liegt darin in vielen Fällen ein Befreien von etwas. Die Gebrüder Grimm[1]) erklären abnehmen mit auferre, tollere; nach ihnen nimmt man die Früchte vom Baum, den Dieb vom Galgen, jemandem die Last ab. Aber in keinem der angeführten Fälle ist der Gesichtspunkt des Ansichnehmens betont oder ausgesprochen, ebensowenig wie das Sprachgefühl dieses mit dem Begriffe der Abnahme verbindet.

---

[1]) Grimm, Deutsches Wörterb. S. 180.

Der Sinn eines Wortes ändert sich nun vielfach. So kommt es vor, daß das Wort im Laufe der Zeit allgemein eine ganz andere Bedeutung erhält; man denke an Worte wie Pfaffe, Sippe und ähnliche, die ehedem die heutige verächtliche Nebenbedeutung nicht hatten. Vielfach ändert sich die Bedeutung nur in gewissen Gegenden. So gebraucht man z. B. in Norddeutschland (in der Gegend von Bremen) das Wort Dirne als Kosewort, während es im Rheinland bei Köln die Bezeichnung für eine Person ist, die gewerbsmäßig Unzucht treibt. Als dritter Grund für die Verschiebung des Sinnes eines Wortes kommt der Umstand in Betracht, daß ein bestimmter Kreis von Personen, die durch eine gewisse Interessengemeinschaft oder durch das Gesetz verbunden sind, das Wort viel gebrauchen, und zwar in einem ganz bestimmten Sinne, es zum terminus technicus stempeln. Man denke an die Sprache der Jäger, der Seeleute und Kaufleute. Auf diese Weise hat auch das Wort Abnahme in der Kaufmannssprache eine besondere Bedeutung erhalten. Förtsch[2]) legt in dieser Beziehung dar: „Die Kaufmannswelt verbindet mit dem Worte Abnahme nicht bloß jene Befreiung des Verkäufers vom Besitz der Ware, sondern die Erfüllungshandlungen überhaupt. Dies spielt namentlich eine Rolle, wenn der Käufer die Ware erst zu spezifizieren oder die Lieferungstage zu bestimmen, d. h. abzurufen, vielleicht auch Wagen und Gefäße zum Transport zu stellen hat. Mit der Zuschrift: ‚Sie haben noch zehn Tonnen Kohlen auf den Abschluß vom 3. Dezember 1903 abzunehmen' soll also gesagt sein: 1. Sie haben auf den Abschluß vom 3. Dezember 1903 noch 10 t ‚abzurufen' (zu spezifizieren, vielleicht auch die Wagen zu stellen). 2. Sie müssen, sobald ich die Kohlen ausgeschieden und Ihnen vertragsmäßig angeboten haben werde, dieselben ‚an sich nehmen' und 3. darnach vertragsmäßig den Preis bezahlen. Da ‚Ansichnehmen' und ‚Bezahlen' als selbstverständliche Folge des Abrufes (der Spezifikation) gedacht wird, so ist ‚Sie haben abzunehmen' sehr häufig (z. B. im Kohlen- und Eisengeschäft) gleichbedeutend mit ‚Sie haben abzurufen' (zu spezifizieren)".

§ 7.

b) In den Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Zur Untersuchung der Frage, welchen Begriff das Bürgerliche Gesetzbuch mit dem Worte Abnahme verbindet, sei zunächst auf die Vorarbeiten zurückgegangen.

---

[2]) Förtsch, Sprache der Juristen, der Gesetze, der Geschäftswelt, in DJZ. 1905 S. 17 f.

Wenn auch der Gesetzgeber nur durch das Gesetzeswort gesprochen hat,[3]) so sind doch u. E. immerhin die in den Vorarbeiten sich vorfindenden Äußerungen der Redaktoren entgegen der Meinung Cosacks[4]) höher zu bewerten als „die Meinungsäußerung irgendeiner bei dem Zustandekommen des Gesetzes gänzlich unbeteiligten Privatperson". Tut man das nicht, so muß man den gesuchten Begriff lediglich aus dem Gesetze zu gewinnen suchen. Das ist freilich zweifelsohne der sicherste Weg. Er ist aber nicht immer gangbar, da das Gesetz vielfach keine oder zu geringe Handhabe bietet. In diesem Falle wäre man allein auf den Sprachgebrauch angewiesen. Wie wenig man sich aber auf diesen verlassen kann, ist oben[5]) gezeigt. Hinzu kommt noch, daß während die Worte der Gesetze eine scharf begrenzte und bestimmte Bedeutung haben, der Sprachgebrauch auch insofern unbestimmt und schwankend ist, als man im täglichen Leben einerseits für einen Begriff verschiedene Ausdrücke als gleichwertig verwendet — der Laie sagt z. B. Hausbesitzer und Hauseigentümer für den Eigentümer des Hauses, ohne einen Unterschied zu machen —, andererseits für mehrere für den Juristen verschiedene Begriffe einen Ausdruck gebraucht — so nennt z. B. der Nichtjurist ebensowohl den Handlungsgehilfen wie den Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuchs Kaufmann.

Wohl ist bei der Benutzung der Vorarbeiten immer zu beachten, daß in ihnen nicht der Gesetzgeber (Bundesrat und Reichstag), sondern seine Berater sprechen, und daß ferner, selbst wenn man annimmt, daß die dort vertretene Ansicht der Mehrheit die des Gesetzgebers bei der Schaffung des Gesetzes war, es nicht darauf ankommen kann, was der Gesetzgeber hat sagen wollen, sondern was er im Gesetze zum Ausdrucke gebracht hat. Wenn aber nun das, was er zum Ausdrucke gebracht hat, zu Zweifeln Anlaß gibt, dann ist u. E. die Benutzung der Vorarbeiten eins der besten Mittel, den Sinn des Gesetzes zu erforschen. Eine maßvolle Benutzung und Bewertung der Vorarbeiten scheint daher für die Auslegung der Gesetze der richtige Weg. Dernburg[6]) kennzeichnet den Wert und die Bedeutung der Vorarbeiten treffend, wenn er sagt, daß derjenige, der auf den Schlüssel verzichte, den der Gang der Beratungen der Entwürfe zu deren Verständnis gäbe, dem gleiche, der auf das Dach klettere, um in ein Haus zu gelangen, dessen Tür er bequem öffnen könne.

---

[3]) Mit diesem Gedanken weist Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 175 eine Berufung auf die Vorarbeiten zurück.

[4]) Cosack, Lehrb. des deutschen bürgerl. R. S. 138.

[5]) § 6 dieser Abh.

[6]) Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens Bd. 1 S. 21.

Der 1. Entw. enthält in seinem dem § 433 Abs. 2 BGB. entsprechenden und fast wörtlich mit ihm übereinstimmenden § 459 Abs. 2 dieselbe Bestimmung über die Abnahmepflicht des Käufers wie § 433 Abs. 2 BGB.

Über den Begriff der Abnahme beim Kauf besagen die Motive nichts. Die weiter unten [7]) mitgeteilte Stelle spricht nur von dem Bedürfnis, eine Abnahmepflicht festzusetzen. Nicht ohne Bedeutung für die Auffassung der Redaktoren von der Abnahme beim Kauf ist eine Stelle, die von der Abnahme beim Werkvertrag handelt. Auf diese stützt sich Striebinger [8]) zur Begründung seiner Behauptung, die Motive verbänden mit dem Begriffe der Abnahme beim Kauf den Gesichtspunkt der Billigung, allerdings nur mit der Wirkung der Abnahme als Erfüllung, nämlich der Umkehrung der Beweislast bezüglich der nach der Abnahme geltend gemachten Mängel. Die betreffende Stelle [9]) lautet: „Der § 572 [10]) beschränkt sich deshalb [11]) darauf, nach Analogie der die Abnahmepflicht des Käufers aussprechenden Vorschrift des § 459 Abs. 2 den Besteller für verpflichtet zu erklären, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, und an die Abnahme als solche, wie nach dem § 386, [12]) in Veräußerungsfällen nur den Verlust des Rügerechts in Ansehung derjenigen Mängel zu knüpfen, von welchen er bei der Abnahme Kenntnis hatte, es sei denn, daß er bei der Abnahme sich wegen dieser Mängel seine Rechte vorbehalten hat". Weiterhin wird an dieser Stelle ausgeführt, die in der vorbehaltlosen Abnahme liegende stillschweigende Billigung habe nur die Bedeutung, daß dem Besteller die Beweislast zufalle und er solche Mängel nicht mehr geltend machen könne, die ihm bekannt gewesen seien.

Die Bedeutung und der Sinn dieser Stelle, die Striebinger anscheinend mißverstanden hat, ist aber folgende: Nach dem Muster des die Annahmepflicht des Käufers festsetzenden § 459 Abs. 2 d. Entw. beschränkt sich § 572 d. Entw. darauf, den Besteller zur Abnahme zu verpflichten. Daß er an die Abnahme den Verlust des Rügerechts in Ansehung der bekannten Mängel knüpft, geschieht nicht nach dem Vorbilde des § 459 Abs. 2 d. Entw., der eine solche Bestimmung gar nicht enthält, sondern nach dem Muster des § 386 d. Entw., der eine solche Wirkung mit der Annahme verbindet. Also kommen

---

[7]) Mugdan, Mat. Bd. 2 S. 176; vgl. § 14 S. 50 ff. dieser Abh.
[8]) a. a. O. S. 9.
[9]) Mugdan, Mat. Bd. 2 S. 273.
[10]) Der dem jetzigen § 640 BGB. entspricht.
[11]) Nämlich weil, wie die Stelle weiter oben ausgeführt hat, der Entwurf dem Besteller keine Prüfungspflicht vorschreibt.
[12]) Der dem § 464 BGB. entspricht.

wir zu dem Ergebnis: Die Abnahme beim Werkvertrag soll die Wirkung der Annahme beim Kauf haben. Für den Begriff der Abnahme beim Kauf ist damit lediglich negativ festgestellt, daß die Abnahme nach der in den Motiven vertretenen Ansicht der Redaktoren nicht den Verlust der Mängelrüge bezüglich bekannter Mängel zur Folge haben soll.

In den Protokollen sprechen sich die Redaktoren klar über ihre Ansicht vom Begriffe der Abnahme aus. Es war dort[13]) zu dem Antrage auf Abänderung des § 572 d. Entw. von seiten der Antragsteller folgendes geltend gemacht werden: „Die im § 572 Satz 1 anerkannte Verpflichtung des Bestellers zur Abnahme des vertragsmäßig hergestellten Werkes stehe ihrem Wesen nach nicht, wie die Motive S. 490[14]) irrig annähmen, der im § 459 Abs. 2 bestimmten Abnahmepflicht des Käufers gleich. Während letztere lediglich dahin gehe, daß der Käufer tatsächlich und räumlich die Kaufsache dem Verkäufer ab- und an sich nehme, erfordere die Natur des Werkvertrages, daß der Besteller das hergestellte Werk als vertragsmäßig anerkenne, bezw. daß er es als Erfüllung annehme". „Die[15]) Mehrheit stimmte zunächst darin überein, daß der ‚Abnahme' im § 572 und den übrigen Bestimmungen dieses Abschnitts die Bedeutung der Annahme als Erfüllung zukomme. Man war darüber einverstanden, daß die verschiedene Bedeutung der Abnahme in § 459 Abs. 2 auf der einen und in den Vorschriften über den Werkvertrag auf der anderen Seite durch eine Änderung der Fassung zu deutlichem Ausdruck zu bringen sei." Die Protokolle geben noch eine, allerdings in etwa abweichende Begriffsbestimmung der Abnahme beim Kauf im Sinne der Mehrheit der Kommission[16]): „Die Abnahme entspreche im § 459 wie an anderen Stellen des Entwurfs z. B. § 466, dem aus dem a. HGB. Art. 351 herübergenommenen technischen Begriffe der tatsächlichen Wegnahme im Gegensatz zu dem juristischen Akte der Übergabe. In dem § 572 sei das Wort freilich, wie Laband a. a. O.[17]) mit Recht hervorgehoben habe, in einem anderen Sinne gebraucht. Die Frage indessen, ob hieraus Mißverständnisse zu befürchten seien und sich vielleicht eine redaktionelle Änderung (Annahme, Wegnahme) empfehle, könne der Redaktionskommission überlassen bleiben".

Als Ergebnis sei also festgestellt: Die Motive geben keine Begriffsbestimmung der Abnahme beim Kauf, sie knüpfen aber

[13]) Mugdan, Mat. Bd. 2 S. 924.
[14]) Mugdan, Mat. Bd. 2 S. 273 findet sich also derselbe Irrtum wie bei Striebinger a. a. O. S. 9.
[15]) Mugdan, Mat. Bd. 2 S. 925.
[16]) Mugdan, Mat. Bd. 2 S. 766 f.
[17]) Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen Bd. 2 S. 266 f.

an die Abnahme nicht die Wirkung des Verlustes des Rügerechts bezüglich bekannter Fehler. Nach den Protokollen war unter den Redaktoren die Ansicht vertreten, die Abnahme gehe lediglich dahin, daß der Käufer tatsächlich und räumlich die Sache dem Verkäufer ab- und an sich nehme, während die Mehrheit der Ansicht war, die Abnahme entspreche dem technischen Begriffe der tatsächlichen Wegnahme im Gegensatz zu dem juristischen Akte der Übergabe. Einig sind die Redaktoren, daß der Gesichtspunkt der Billigung oder der Annahme als Erfüllung mit dem Begriffe der Abnahme beim Kauf nicht zu verbinden sei.[18])

c) Im Bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 8.

a) Literatur und Praxis.

Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht von Abnahme in den §§ 433 Abs. 2, 448, 638, 640 Abs. 1 u. 2, 641, 644, 645, 646, 1892. Für unsere Abhandlung kommen nur die beiden ersten Paragraphen in Betracht. §§ 638—646 handeln vom Werkvertrag, bei dem die Abnahme der herrschenden Meinung[19]) nach eine andere Bedeutung hat als die Abnahme beim Kauf. § 1892 handelt von der Abnahme einer Rechnung, die als ein geistiger Vorgang begrifflich etwas ganz anderes ist als die Abnahme beim Kauf.

§ 433 Abs. 2 lautet: „Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen". § 448 legt dem Verkäufer die Kosten der Übergabe, des Messens und Wägens, dem Käufer die der Abnahme und Versendung auf. Für die Begriffsbestimmung der Abnahme ist durch diese Bestimmung sehr wenig geboten, negativ steht nur fest, daß Abnahme nicht zusammenfällt mit Übergabe, Messen, Wägen und Versendung. Bei so geringer Unterlage für die Begriffsbestimmung läßt es sich denken, daß die Ansichten bezüglich des Begriffs Abnahme weit auseinander gehen. Laband[20])

---

[18]) Wenn Striebinger (a. a. O. S. 10) bemerkt, daß die Antragsteller des von uns bei Besprechung der Pflicht in § 14 auf S. 50 dieser Abh. mitgeteilten Antrages (Mugdan a. a. O. Bd. 2 S. 765 f.) Abnahme und Annahme gleichstellen, so beruht dies auf einem Irrtum Striebingers. Die Antragsteller führen a. a. O. aus, es bestehe kein Bedürfnis, für den Kauf eine selbständig klagbare und vollstreckbare Pflicht zur Abnahme zu bestimmen, während bei Striebinger bei Anführung dieses Antrages Annahme gesperrt gedruckt ist. Somit entfällt die Stütze für diese Behauptung Striebingers.

[19]) vgl. hierzu die bei Striebinger a. a. O. S. 42 ff. angeführte Literatur.

[20]) a. a. O. S. 304.

fragte schon mit Bezug auf den Entwurf: „Ist ‚Abnahme' gleichbedeutend mit ‚Annahme', besteht sie in der Entlastung des Verkäufers von der Innehabung und Aufbewahrung der verkauften Sache, in der Ermöglichung der Übergabe, in dem tatsächlichen Vorgange des Empfangens? Oder hat sie einen eigentümlichen rechtsgeschäftlichen Inhalt, involviert sie eine Willenserklärung, hat das Wort hier vielleicht denselben Sinn, in welchem es vom Entwurf bei dem Werkvertrage (§ 572) gebraucht wird?" Laband[21]) sowohl wie Sprenger[22]) machten Vorschläge zu anderen Fassungen, die jeden Zweifel beseitigen sollten. Ebenso wurde von den Redaktoren verschiedentlich[23]) der Gedanke angeregt, für die Abnahme beim Kauf und Werkvertrag der verschiedenen Bedeutung entsprechend verschiedene Ausdrücke zu wählen. Es ist aber leider weder etwas Derartiges geschehen noch eine authentische Auslegung gegeben worden. Es bleibt daher der Wissenschaft überlassen, den Begriff der Abnahme zu entwickeln und zu erklären. Bei Beantwortung dieser Frage spalten sich die Ansichten in drei Gruppen.

Die erste Gruppe erklärt Abnahme als rein körperliche Hinwegnahme aus dem Gewahrsam des Käufers. Ein Teil der Vertreter dieser Gruppe weist ausdrücklich den Gesichtspunkt des Überganges in den Gewahrsam oder in die Verfügungsgewalt des Käufers als nicht erforderlich und nicht zum Begriffe der Abnahme gehörig zurück. Hierzu gehört vor allen Jakobi,[24]) der, nachdem er dargelegt hat, daß die Abnahme nicht darin bestehen könne, daß der Käufer die Sache vom Verkäufer fort und zu sich bringe, sagt, daß man unter Abnahme, wenn sie nicht mit Annahme zusammenfalle, Handlungen irgendwelcher Art zu verstehen habe, die geeignet seien, den Verkäufer von dem Besitze der Sache zu befreien, sei es, daß der Käufer die Sache an sich nehme oder etwas anderes veranlasse; er erklärt Abnahme als „die Tätigkeit, wodurch die Sache dem Verkäufer vom Halse geschafft wird". Wenn die Abnahme es zwar, so führt er weiter aus, auch mit sich bringen könne, daß der Käufer die gekaufte Sache unter Umständen an sich oder in die Hand nehmen müsse, so sei das doch für die Abnahmepflicht grundsätzlich nichts Wesentliches. Den Ausdruck „vom Halse schaffen" gebrauchen auch Kohler[25]) und Schmitz.[26])

---

[21]) a. a. O. S. 312.
[22]) a. a. O. S. 605: „Den Lagerplatz der verkauften Sachen zu räumen".
[23]) Mugdan, Mat. Bd. 2 S. 766 f., 925, von uns in § 7 S. 21 dieser Abh. angeführt.
[24]) a. a. O. S. 273 u. 274 Anm. 2.
[25]) Kohler, Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 2 S. 202.
[26]) a. a. O. S. 13.

Staudinger[27]) sagt, indem er Jakobi zustimmt, der Begriff Abnahme sei beim Kauf gegenständlich, d. h. es sei damit der tatsächliche, der Ablieferung entsprechende Akt der Fortnahme des Gutes (auferre) zu verstehen, dessen Zweck die Entlastung des Verkäufers von dem Gute sei. Daß aber der Käufer immer die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Sache zu übernehmen habe, erscheine grundsätzlich nicht wesentlich, denn der Käufer könne auch auf anderem Wege als durch Selbstabnahme den Verkäufer von dem Besitze der Sache befreien. Nur der letztere Erfolg sei wesentlich. Es entspreche die Abnahme dem technischen Begriffe der tatsächlichen Wegnahme oder körperlichen Wegnahme der zu diesem Zwecke bereitgestellten Ware; man könne auch sagen: Befreiung des Verkäufers vom Besitz der Ware im Gegensatz zu dem juristischen Akte der Übergabe und Annahme.

Ähnlich äußert sich Brinkmann,[28]) der die Abnahme „rein lokal als tatsächliches Fortschaffen" aufgefaßt wissen will, wenn er sagt, daß der Käufer verpflichtet sei, irgend eine Handlung vorzunehmen, wodurch der Käufer des Besitzes der verkauften Sache ledig werde. Hiernach habe also der Käufer seiner Abnahmepflicht genügt, wenn auf seine Veranlassung hin ein Dritter die Sache abhole, um sie etwa für sich zu behalten oder weiterzuveräußern, und der Käufer die verkaufte Sache gar nicht zu Gesicht bekommen habe.

Ebenso vertritt endlich Schütze[29]) diese Ansicht. Er versteht unter Abnahme die Entfernung der Kaufsache aus dem Gewahrsam des Käufers. Eine Reihe anderer Schriftsteller teilt diesen Standpunkt, ohne ihn aber so schroff zu betonen. Sie erwähnen den Übergang in den Gewahrsam oder in die Verfügungsgewalt des Käufers gar nicht. Aus dieser Nichterwähnung ist u. E. nur der Schluß zu ziehen, daß diese Schriftsteller diesen Gesichtspunkt als nicht zum Begriffe der Abnahme gehörig betrachtn. So legen wörtlich übereinstimmend die Abnahme als „rein körperliche Hinwegnahme" aus: Makower,[30]) Neumann,[31]) Rosenberg,[32]) Siméon,[33]) Windscheid-Kipp;[34]) ähnlich Hackert[35]) als

---

[27]) a. a. O. § 433 Anm. IX, 2 a.
[28]) a. a. O. S. 8.
[29]) a. a. O. S. 24.
[30]) Makower, HGB. mit Komm. Bd. 2 13. Aufl. Vorbem. zu §§ 375, 376 IX b 3.
[31]) Neumann, Handausgabe des BGB. Bd. 1 4. Aufl. § 433 Anm. IV, 1.
[32]) a. a. O. S. 256.
[33]) Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich Bd. 1 4. Aufl. S. 341.
[34]) Windscheid-Kipp, Lehrb. d. Pandektenrechts Bd. 2 9. Aufl. S. 658.
[35]) a. a. O. S. 28.

„Entfernung aus dem Gewahrsam des Verkäufers", Matthiaß[36]) als „tatsächliche Wegnahme" und Lehmann[37]) als „reale Wegnahme".

Romeick,[38]) auf den bei der dritten Gruppe zurückzukommen sein wird, erklärt die Abnahme als „tatsächliche Wegnahme der Ware durch den Käufer". Er sagt allerdings an anderer Stelle[39]): „Offensichtlich handelt es sich nicht um die Abnahme für sich allein, sondern um die Abnahme als letzten Betätigungsakt der „Abnahme". Die Richtigkeit dieser letzteren Äußerung wird unten bei der Frage des Verhältnisses von Abnahme zur Annahme und der Pflicht zur Abnahme zu prüfen sein, hier sei nur der Begriff, den Romeick von der Abnahme hat, festgestellt.

Schneider[39a]) endlich bestimmt, indem er Jakobi beipflichtet, den Begriff der Abnahme dahin, daß sie die „räumliche Verschiebung der Sache sei, vorzugsweise mit der Zweckbestimmung, daß die Sache aus dem Machtbereiche des Verkäufers geschafft werde".

Nicht ganz ohne Zweifel, insofern als der Ausdruck nicht ganz so scharf und genau ist, wie man es sonst bei diesem Schriftsteller findet, ist die Stellungnahme Cromes.[40]) Dieser sieht in der Abnahme „die tatsächliche Wegnahme bezw. Übernahme der Sache durch den Käufer". Ohne uns auf andere ebenfalls mögliche Deutungen dieser Worte näher einzulassen, glauben wir den Sinn dieser Begriffsbestimmung dahin festlegen zu dürfen, daß Abnahme gleichbedeutend sei mit tatsächlicher Wegnahme, welche sehr oft durch Übernahme der Sache durch den Käufer bewerkstelligt werde. Demnach gehört Crome auch zu dieser Gruppe.

Nach Ansicht der zweiten Gruppe genügt die körperliche Hinwegnahme nicht zum Begriff der Abnahme. Sie verlangt vielmehr hierzu noch ein zweites tatsächliches Erfordernis, nämlich die Inbesitznahme, das Bringen in die Verfügungsgewalt des Käufers. Diese Gruppe stellt also Abnahme und Annahme im Sinne des täglichen Lebens gleich. Zu dieser Ansicht bekennen sich die meisten Schriftsteller, und auch die Praxis hat durchweg in diesem Sinne ihre Entscheidungen gehalten.

---

[36]) Matthiaß, Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 1 3. Aufl. S. 513.
[37]) Lehmann, Lehrb. d. HR. S. 704.
[38]) Romeick, Zur Technik des BGB. Heft 1 (Fristbestimmung) S. 59.
[39]) a. a. O. S. 60; vgl. hierzu § 19 dieser Abh.
[39a]) Schneider, Ein Beitrag zur Auslegung der „Abnahme"pflicht im BGB. beim Kauf und Werkvertrag S. 14, 34.
[40]) a. a. O. Bd. 2 S. 424.

Das Reichsgericht[41]) und mit ihm Lippmann,[42]) Planck[43]) und im wesentlichen Oertmann[44]) und Bretzfelder[44a]) geben folgende Begriffsbestimmung: „Abnahme ist die rein körperliche Hinwegnahme der Kaufsache — deren auferre —, um die tatsächliche Verfügungsgewalt zu erhalten und den Käufer von der Sache zu entlasten".

In demselben Sinn ist die Begriffsbestimmung Lehmanns[45]) gehalten, der noch hinzufügt, Abnahme sei der der Ablieferung entsprechende Akt der Fortnahme, und die Emerichs,[46]) der sagt, abnehmen heiße körperlich an sich nehmen und dadurch den Verkäufer von der Sache befreien. Auch Schollmeyer[47]) mit der Begriffsbestimmung der Abnahme als Ansichnahme der Kaufsache durch den Käufer, so daß der Verkäufer sie los sei, hebt wie die Vorstehenden einerseits das Ansichnehmen und anderseits die dadurch stattfindende Entlastung des Verkäufers hervor.

Dieser letzte Gesichtspunkt wird scharf betont von Oberloskamp,[48]) der Abnahme für gleichbedeutend mit Fort- und Zusichnahme hält. Er versteht aber unter Zusichnahme „Annahme der Besitzübertragung". Weiterhin[49]) sagt er allerdings, das Gesetz erblicke in der Abnahme den Akt, der den Verkäufer von der Kaufsache befreie, nicht aber den Akt, der sie dem Käufer zuführe, aber[50]) trotzdem sei daran festzuhalten, daß Abnahme das Wegnehmen vom Verkäufer und das Zusichnehmen des Käufers bedeute.

Auf letzteren Gesichtspunkt legt Förtsch[51]) den Hauptwert, wenn er Abnahme als die Handlung des Käufers bezeichnet, durch welche derselbe die gekaufte Sache in seinen Besitz nehme, ebenso Endemann,[52]) der unter Abnahme die „körperliche Inempfang-

---

[41]) RGZ. Bd. 53 S. 162, Bd. 56 S. 175.

[42]) Lippmann, Gibt der Abnahmeverzug des Käufers für sich allein dem Verkäufer die Rechte aus § 326 BGB.? in DJZ. 1904 S. 800.

[43]) a. a. O. Bd. 2 S. 334.

[44]) a. a. O. Bd. 2 S. 327.

[44a]) Bretzfelder, Begriff der Abnahme beim Kauf und Werkvertrag S. 29 ff., 34, 42.

[45]) Lehmann, Die Bedeutung der Ausdrücke „Abnahme" (Empfangnahme) nach dem BGB. und HGB., in DJZ. 1902 S. 493. Wenn im weiteren Verlaufe Lehmann ohne nähere Angabe angeführt ist, so ist dieser Aufsatz gemeint.

[46]) Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem BGB. S. 87.

[47]) Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse S. 38.

[48]) Oberloskamp, Abnahmepflicht nach dem BGB. für das Deutsche Reich S. 5.

[49]) a. a. O. S. 12.

[50]) a. a. O. S. 18.

[51]) a. a. O. S. 17.

[52]) a. a. O. Bd. 1 S. 938, 791.

nahme" versteht. An anderer Stelle[53]) bezeichnet er sie allerdings nur als „körperliche Hinwegnahme".

In ähnlicher Weise nennen Fischer-Henle[54]) die Abnahme „Übernahme der mit den gesetzlichen und vertragsmäßigen Eigenschaften versehenen, zur Ablieferung bereiten Kaufsache in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Käufers" und Düringer-Hachenburg[55]) sie „tatsächliche Entgegennahme der Kaufsache".

Siber[56]) sagt, beim Kauf sei die Abnahme als Handlung in der Regel von der Annahme nicht verschieden, eins wie das andere sei „die tatsächliche Wegnahme, d. h. die Übernahme in den unmittelbaren Besitz (Gewahrsam) des Käufers".

Lehmann-Ring[57]) erklären Abnahme als Empfangnahme der Ware, den der Ablieferung von seiten des Verkäufers entsprechenden Akt der Entgegennahme auf seiten des Käufers.

Cosack[58]) sagt bei der Lehre vom Kauf unter Verweisung auf § 433 Abs. 2, der Verkäufer könne fordern, daß der Käufer die Lieferung annehme, regelmäßig sogar, daß er die Kaufsache abhole. Cosack stellt also Abnahme und Annahme gleich. Es fragt sich nun, was er unter Annahme versteht. Er verbindet hiermit einen anderen Begriff als das Bürgerliche Gesetzbuch. Das ergibt sich aus folgendem: Er sagt,[59]) die Begriffe Annahme und Übergabe korrespondierten miteinander. Sie bezögen sich auf den nämlichen Vorgang. Übergabe heiße der Vorgang vom Standpunkte des Gebenden, Annahme von dem des Nehmenden aus. Unter Übergabe versteht Cosack aber[60]) die Übertragung des unmittelbaren oder mittelbaren Besitzes. Folglich ist Annahme die Ergreifung des unmittelbaren oder mittelbaren Besitzes. Cosack versteht also unter Annahme und somit auch unter Abnahme beim Kauf die Ergreifung des unmittelbaren oder mittelbaren Besitzes.[61])

---

[53]) a. a. O. Bd. 1 S. 795.
[54]) Fischer-Henle, BGB. 8. Aufl. § 433 Anm. 11.
[55]) a. a. O. Bd. 3 S. 50.
[56]) Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis S. 43.
[57]) Lehmann-Ring, Komm. z. HGB. Bd. 2 S. 99.
[58]) a. a. O. Bd. 1 S. 460.
[59]) a. a. O. Bd. 1 S. 538.
[60]) a. a. O. Bd. 1 S. 448.
[61]) Die Ausführungen, die Cosack (a. a. O. Bd. 1 S. 538) beim Werkvertrag über den Begriff Abnahme macht, gelten nicht, wie vielfach (z. B. von Brinkmann a. a. O. S. 8; Striebinger a. a. O. S. 12 und Hohenstein, Der Abnahme- und Annahmeverzug des Käufers = Gläubigers, im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 25 S. 75) irrtümlich angenommen wird, auch für den Kauf. Die an dieser Stelle sich findende Verweisung hat nicht die Bedeutung, daß die dort sich findenden Ausführungen sich auch auf den Kauf bezögen.

Zu dieser Gruppe zählt endlich u. E. auch Staub.[62]) Seine Stellungnahme ist allerdings nicht ganz zweifelsfrei und seine hierher gehörigen Ausführungen dürften wohl nicht ganz ohne Widerspruch sein. Er stellt an einer Stelle Annahme und Abnahme vollständig gleich, wenn er sagt[63]): „Die Annahmepflicht und die Abnahmepflicht sind natürlich in ihrem Wesen, ihrer äußeren Erscheinung gleich. Der Käufer genügt seiner Annahmepflicht in derselben Weise wie seiner Abnahmepflicht durch Übernahme der Sache in seine tatsächliche Verfügungsgewalt". Wichtig ist ferner für seine Nichtzugehörigkeit zur dritten Gruppe, die von Striebinger[64]) und Lehmann[65]) behauptet wird, die Tatsache, daß er jedes Willensmoment aus dem Begriffe der Annahme und Abnahme ausscheidet. Zum Beweise hierfür seien folgende Stellen angeführt: „Die Abnahme besteht darin, daß der Käufer die Sache tatsächlich in seine Verfügungsgewalt übernimmt. Abnahme im Sinne des § 433 Abs. 2 ist lediglich der rein körperliche Akt der Hinwegnahme und dadurch verschieden von der Annahme als einer vertragsmäßigen";[66]) fernerhin: „Die Weigerung, die Leistung als Erfüllung gelten zu lassen, hat mit der Annahme nichts zu tun".[67]) Hiermit steht allerdings im Widerspruch, daß Staub fordert, die Abnahme müsse eine endgültige sein.[68]) Eine endgültige Abnahme, d. h. eine Abnahme mit dem Willen, die Sache nicht unter Umständen wieder zurückzugeben, setzt aber eine Billigung voraus. Danach müßte man allerdings schließen, daß Staub den Gesichtspunkt der Billigung oder Anerkennung der Vertragsmäßigkeit mit dem Begriffe der Abnahme verbände, was denn auch Striebinger und Lehmann getan haben. Dagegen spricht aber der klare Wortlaut der oben angeführten Stellen, die zum Teil gerade mit Bezug auf § 433 Abs. 2 gemacht sind. Sie finden sich allerdings auch erst in der letzten (achten) Auflage, die den beiden vorgenannten Schriftstellern noch nicht vorgelegen hat.

Die dritte Gruppe, die die wenigsten Vertreter hat, stellt Abnahme und Annahme im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs gleich. Die Anhänger dieser Anschauung tun dies teils sogar mit Hinweis auf § 363, sie verbinden also den Gesichtspunkt der An-

---

[62]) Staub, Komm. z. HGB. 8. Aufl. Bd. 2; wenn im weiteren Verlaufe Staub angeführt wird, so ist es stets diese Auflage.
[63]) a. a. O. § 373 Anm. 1.
[64]) a. a. O. S. 20.
[65]) a. a. O. S. 493 f.
[66]) a. a. O. Erk. vor § 373 Anm. 67.
[67]) a. a. O. § 373 Anm. 5.
[68]) a. a. O. § 373 Anm. 4; vgl. hierzu auch unsere Ausführungen auf S. 44 f.

erkennung als Erfüllung und die hieraus folgende Umkehrung der Beweislast mit dem Begriffe der Abnahme. Eine Billigung der abgenommenen Sache als vertragsmäßig sieht keiner in dem Begriffe der Abnahme beim Kauf enthalten, einige weisen dieses Erfordernis sogar ausdrücklich zurück.

Schon bei der Besprechung des Entwurfs untersuchte Laband,[69]) welchen Begriff der Entwurf mit der Abnahme verbände, und kam zu dem allerdings von ihm nicht gebilligten Ergebnis,[70]) daß das Wort Abnahme im § 459 des Entw.[71]) gleichbedeutend mit „Annahme", nicht aber mit „approbare" (prüfen und genehmigen) sein soll. Unter Annahme versteht er aber[72]) nicht die bloße Tatsache, daß der gekaufte Gegenstand in die tatsächliche Gewalt des Käufers kommt, sondern er sagt, die Annahme erfolge animo et corpore, d. h. mit dem Willen, das, was geliefert und empfangen werde, als Erfüllung zu geben und zu empfangen. Ob er an diesen Begriff auch die Umkehrung der Beweislast knüpft, läßt er nicht erkennen.

Nicht ganz klar ist, ob Hirsch und Sprenger hierher gehören. Sie stimmen zwar beide[73]) ausdrücklich den Ausführungen Labands zu, wenn er Abnahme und Annahme gleichstellt, ob sie aber den Begriff der Annahme mit Laband teilen, ist nicht ersichtlich, aber doch wohl bis zum Beweise des Gegenteils anzunehmen. Sie betonen dann allerdings beide, daß Abnahme in lokalem Sinne zu verstehen sei. Hirsch[74]) sagt, Abnahme beim Kauf sei in der Bedeutung einer „Lokalisation", einer „Fortnahme resp. „Annahme" zu verstehen. Wenn man das nur zu leicht zu Unklarheiten führende Wörtchen „resp.", das glücklicherweise immer mehr aus unserer Rechtssprache schwindet, wie oben auf S. 25 das Wort bezw. auffaßt, so würde man ihn vielleicht zur ersten Gruppe zählen können. Ähnlich verhält es sich mit Sprenger,[75]) der ausführt, daß Abnahme „nur Annahme, Wegnahme oder Fortnahme in lokalem Sinne" bedeuten könne. Er empfiehlt daher, die Vorschrift dahin abzuändern: „Der Käufer wird verpflichtet, den Lagerplatz der verkauften Sache zu räumen".

Rümelin[76]) versteht unter Abnahme bei Kauf- und Werkvertrag die Annahme der Sache und die Anerkennung als Erfüllung mit der Wirkung der Umkehrung der Beweislast.

---

[69]) a. a. O. S. 303 ff.
[70]) a. a. O. S. 312.
[71]) Der jetzige § 433 BGB.
[72]) a. a. O. § 310 Anm. 3.
[73]) Hirsch a. a. O. S. 293; Sprenger a. a. O. S. 593.
[74]) a. a. O. S. 291.
[75]) a. a. O. S. 605.
[76]) a. a. O. S. 224, 227.

Schöller[77]) sagt dasselbe, fügt aber noch hinzu, die Abnahme enthalte keine Billigung oder Anerkennung der Vertragsmäßigkeit der Leistung.

Auch Hohenstein[78]) ist hierhin zu zählen. Er führt aus[79]): „Ist nun Abnahme- und Annahmehandlung gleich? Eine Analysierung und Zergliederung in die einzelnen physischen und psychischen Vorgänge, aus denen sie zusammengesetzt sind, ergibt eine objektive und absolute Gleichheit"; weiterhin[80]): „Abnahme im Sinne des § 433 ist nichts anderes als ein technisches Wegschaffen der Sache aus der Verfügungsgewalt des Verkäufers in die des Käufers, ein technischer, nicht ein Rechtsakt. Die Abnahmepflicht enthält auch nicht gleichzeitig die Pflicht zur approbatio, zur Anerkennung der Kaufsache als einer zur Erfüllung des Vertrages genügenden". Endlich enthält die vollzogene Abnahme nach ihm stets eine Annahme als Erfüllung im Sinne des § 363 BGB.[81])

Zweifelhaft ist es, welche Stellung Meisner[82]) und Tränkner[83]) einnehmen. Sie verwenden beide den Ausdruck Annahme bei ihren Ausführungen über die Abnahme, erklären aber nicht näher, was sie unter Annahme verstehen. Meisner sagt, für den praktisch wichtigsten Fall der Annahme, nämlich den des Kaufes, habe das Gesetz in § 433 Abs. 2 eine Annahmepflicht des Käufers festgesetzt. Tränkner äußert sich über die Abnahme dahin, daß darunter nicht bloß die Annahme, sondern auch die tatsächliche Wegnahme der Sache zu verstehen sei.

Als eifriger Verteidiger der Ansicht der dritten Gruppe ist neuerdings Striebinger aufgetreten. Er gibt folgende Begriffsbestimmung der Abnahme beim Kauf[84]): „Abnahme ist die körperliche Wegnahme der Sache und Anerkennung der Leistung als Erfüllung". Er stellt ausdrücklich „die Begriffe Abnahme und Annahme nicht nur in ihrer körperlichen Bedeutung gleich, sondern auch in ihrer Wirkung hinsichtlich der Beweislast gemäß § 363 BGB."

---

[77]) a. a. O. S. 37, 38 Anm. 46.
[78]) Im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 25 S. 69 ff.
[79]) a. a. O. S. 70.
[80]) a. a. O. S. 71.
[81]) a. a. O. S. 80.
[82]) Meisner, Das Recht der Schuldverhältnisse § 296 Anm. 1.
[83]) Tränkner, Einzelne Schuldverhältnisse, Vorträge, im Sächs. Arch. S. 987.
[84]) a. a. O. S. 16.

§ 9.

β) Unsere Ansicht und ihre Begründung.

Im folgenden werden wir zuerst unsere Ansicht darlegen und begründen, dann die oben angeführten im einzelnen durchgehen und sie nebst ihrer Begründung auf ihre Richtigkeit hin prüfen.

U. E. ist die Ansicht der ersten Gruppe die richtige, und Abnahme ist demnach die rein körperliche Tätigkeit der Hinwegnahme der Kaufsache vom Verkäufer. Zu dieser Ansicht kommen wir aus folgenden Gründen:

Vorab sei für die vorliegende Frage, was die Abnahme ist, angenommen, daß es eine selbständig klagbare und vollstreckbare Rechtspflicht zur Abnahme gibt, eine Annahme, die weiter unten (§§ 14 ff.)[85] bewiesen wird. Der Grund für das Bestehen einer solchen Pflicht ist, wie schon vorweg bemerkt sein mag, der klare und unzweideutige Wortlaut des § 433 Abs. 2: „Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen". Für den Inhalt und die Bedeutung des Begriffes Abnahme ist aber nun einerseits der Sprachgebrauch maßgebend,[86] andererseits ergeben sie sich aus dem Inhalte der Abnahmepflicht. Dieser Inhalt ergibt sich aber und wird begrenzt durch das Interesse, das durch die Schaffung dieser Pflicht geschützt werden soll. Welches dieses Interesse nun ist, darüber lassen sich die Vorarbeiten nicht ausdrücklich aus. Es geht lediglich aus ihnen hervor,[87] daß es das Interesse des Verkäufers ist, das durch das Liegenbleiben der Waren verletzt wird. Dies kann dadurch geschehen, daß er durch die Innehabung der verkauften Sache belästigt wird, weil er den Raum, den sie einnimmt, für andere Zwecke notwendig braucht oder vorteilhaft verwerten könnte, oder dadurch, daß ihn die Sorge um die weitere Aufbewahrung drückt, oder er gezwungen ist, eine Tätigkeit zu ihrer Erhaltung zu entwickeln, oder endlich er eine von der Sache ausgehende Gefährdung seines Interessenkreises befürchtet, wie z. B. in dem von Jacobi[88] angeführten Falle, in dem das verkaufte Pferd den Knecht des Verkäufers durch Schlagen oder Beißen verletzt oder eine ansteckende Pferdekrankheit in den Stall des Verkäufers einschleppt. Daß dieses Interesse geschützt werden soll, ergibt sich ferner aus der Überlegung, daß nur für den Kauf- und Werkvertrag eine Abnahmepflicht festgelegt ist, also für die

---

[85] S. 49 ff. dieser Abh.
[86] vgl. dazu unsere Ausführungen in § 6 dieser Abh.
[87] Mugdan, Mat. Bd. 2 S. 766; vgl. § 14 S. 52 f. dieser Abh.
[88] a. a. O. S. 266.

Geschäfte, in denen am meisten große Mengen von Sachen durch die Hände derer gehen, zu deren Gunsten die Abnahmepflicht besteht und bei denen ein Stocken im Wechsel der Sachen naturgemäß am unangenehmsten empfunden wird.

Wenn nun das Interesse, das durch das Liegenbleiben der Sachen verletzt wird, dadurch geschützt werden soll, daß der Gegenpartei eine Pflicht auferlegt wird, so kann der Inhalt der Pflicht nur der sein, daß die Gegenpartei das Liegenbleiben verhütet. Verhütet wird aber das Liegenbleiben durch das Wegschaffen. Die im § 433 Abs. 2 festgesetzte Abnahmepflicht ist demnach eine Verpflichtung zum Wegschaffen, und Abnahme bedeutet also Wegschaffen.

Ein Mehr zu verlangen, wie es die beiden anderen Gruppen tun, die zweite durch das Erfordernis der Ansichnahme, die dritte durch das der Annahme als Erfüllung, kann und will der Gesetzgeber nicht, hat er doch mit dem Weniger seinen Zweck erreicht.

Ein zweiter Gesichtspunkt, der für eine eingehende Auslegung des Begriffs der Abnahme spricht, ist der: Durch die Schaffung der Abnahmepflicht ist dem Verkäufer und Unternehmer eine Sonderstellung vor anderen Gläubigern eingeräumt worden, und man darf dieser Sonderstellung und der damit verbundenen Bevorzugung vor anderen Gläubigern keine größere Bedeutung beilegen und keinen größeren Umfang verleihen, als unbedingt erforderlich ist, insbesondere dürfen den bevorzugten Gläubigern keine Vorteile auf Grund dieser Vorschrift gewährt werden, die sie sich auf anderem gesetzlichen Wege verschaffen können, wie Anerkennung als Erfüllung und Billigung, wie weiter unten [89]) gezeigt wird.

Weiterhin läßt sich zugunsten einer einschränkenden Auslegung die Tatsache anführen, daß die Gesetze nur zögernd, schrittweise und unter dem heftigsten Widerspruche die Abnahmepflicht dem Käufer auferlegt haben. Daraus ist zu entnehmen, daß der Gesetzgeber unter keinen Umständen in dieser Beziehung dem Verkäufer mehr Rechte geben will, als er für unbedingt nötig erachtet. Auch die Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuchs haben, wie sich aus den Vorarbeiten [90]) ergibt, nicht mit Einstimmigkeit diese Pflicht als eine notwendige anerkannt.

Vor allem spricht aber für unsere Auffassung der Sprachgebrauch, wie oben [91]) gezeigt. Es ist nun doch wohl anzunehmen, daß der Gesetzgeber diesen gekannt und gewußt hat, daß man

---

[89]) § 11 dieser Abh.
[90]) Mugdan, Mat. Bd. 2 S. 766, 925; vgl. § 14 S. 21 dieser Abh.
[91]) § 6 dieser Abh.

unter abnehmen weg- oder fortnehmen versteht. Hätte er unter abnehmen etwas anderes verstanden wissen wollen, so hätte er das zweifellos zum Ausdruck bringen müssen und gebracht, wenn anders er dem Vorwurfe entgehen wollte, ein durch diese Undeutlichkeit mangelhaftes Gesetz geschaffen zu haben.

Wenn endlich der Gesetzgeber das Wort „abnehmen" wählte, trotzdem andere Gesetzbücher, die er kannte und auf die er in den Vorarbeiten verweist,[92]) wie z. B. das österr. Bürgerliche Gesetzbuch[93]) und das schweizer. Obligationenrecht,[94]) Worte wie Übernahme, Empfangnahme und Annahme gebrauchen, so darf man annehmen, daß er bewußt in Gegensatz zu diesen Gesetzbüchern treten wollte.

γ) Besprechung der Ansichten.

§ 10.

αα) Der Gesichtspunkt des Ansichnehmens und der Endgültigkeit.

Was nun den Streit zwischen der ersten und zweiten Gruppe anbetrifft, so ist derselbe praktisch fast ohne jede Bedeutung. Die zweite Gruppe verlangt, wie oben[95]) schon gesagt und näher ausgeführt, abweichend von der ersten Gruppe, außer dem Wegschaffen ein zweites Erfordernis. Ihre Vertreter nennen es: Annahme, Ansichnahme, Empfangnahme, Inempfangnahme, Übernahme in die Verfügungsgewalt, in die tatsächliche Verfügungsgewalt oder in den unmittelbaren Besitz (Gewahrsam). Was ist nun darunter zu verstehen? Wir glauben, die Antwort dahin geben zu können, daß mit diesen Begriffen die Übernahme in den mittelbaren oder unmittelbaren Besitz gemeint ist. Das letztere scheinen wenigstens die zu verlangen, die den Übergang in die tatsächliche Verfügnngsgewalt oder in den Gewahrsam des Käufers fordern, wie es ja zum Teil ausdrücklich in den Begriffsbestimmungen gesagt wird. Hierzu ist nun zu bemerken: Zuzugeben ist, daß in den weitaus meisten Fällen das Wegschaffen darin besteht, daß der Käufer die Sache an sich nimmt, und man darf wohl der dritten Gruppe entgegenkommend sagen, mit dem Willen, sie als Erfüllung anzunehmen. Aber ist dies denn immer der Fall? Die Frage ist, was das

---

[92]) Mugdan, Mat. Bd. 2 S. 176; von uns in § 14 dieser Abh. angeführt.
[93]) vgl. § 4 S. 11 dieser Abh.
[94]) vgl. § 4 S. 11 dieser Abh.
[95]) § 8 S. 25 ff. dieser Abh.

Ansichnehmen anbetrifft, wohl zu bejahen. Die Abnahme ist, was u. a. für unsere späteren Untersuchungen über das Verhältnis der Abnahme zur Übergabe[96]) von Bedeutung ist, stets mit einer Inbesitznahme, mit einer Übernahme in den unmittelbaren Besitz verbunden. Es ist kein Fall denkbar, in dem dies nicht so sei. Prüfen wir diese Behauptung an Hand der verschiedenartigsten Möglichkeiten, wie der Käufer seiner Abnahme-, d. h. Wegschaffungspflicht genügen kann. Angenommen, der Käufer nimmt die Wegnahme persönlich vor. Alsdann kann er sie, und das ist das Nächstliegende, an sich, in seinen unmittelbaren Besitz nehmen. Er kann sie aber auch zerstören, vollständig vernichten, z. B. einen Ballon Gas verbrennen, oder er kann die Sache sofort aufgeben, z. B. die Gase entweichen, die Tauben fliegen, die wilden Tiere laufen lassen. In allen diesen Fällen hat er, wenn auch nur für ganz kurze Zeit, die abzunehmende Sache in seiner tatsächlichen Gewalt und somit in seinem unmittelbaren Besitz. In dem Augenblick, in dem er die Flamme an den Hahn des Ballons hält oder diesen oder den Käfig der Tauben, der wilden Tiere öffnet, hat er zweifellos diese Gegenstände in seiner tatsächlichen Gewalt; er benutzt diese ja, indem er in der angegebenen Weise über diese Dinge verfügt. Da die Abnahme aber eine vertretbare Handlung ist, ich nehme dies mit der herrschenden Meinung an,[97]) so kann der Käufer die Abnahmehandlung durch eine dritte Person vornehmen lassen. In einem solchen Falle hat zwar nicht der Käufer, wohl aber sein Vertreter den unmittelbaren Besitz. In allen Fällen hat aber auch der Käufer persönlich wenigstens mittelbaren Besitz. Dies sollen folgende möglichst verschieden gestaltete Beispiele zeigen: A verkauft an B ein Pferd. B läßt das Pferd durch seinen Knecht C holen. Hier ist es offenbar, daß B gemäß § 855 sogar unmittelbaren Besitz hat, da C nur Besitzdiener ist. Ändern wir den Fall dahin, daß B dem C, der zu ihm in keinerlei Beziehung steht, das Pferd vermietet und ihm bedeutet, er könne sich das Pferd bei A holen. Hier erhält B den mittelbaren Besitz nach § 868, denn einerseits handelt C, indem er die Wegnahme vornimmt, als Beauftragter des B, andererseits aber ist er ja auch Mieter des B, und erhält dieser in dem Augenblicke den mittelbaren Besitz, in dem C den unmittelbaren hat. Ähnlich liegt der Fall, wenn B dem C das noch nicht abgeholte Pferd verkauft und ihm dann sagt, er könne sich das Pferd bei A holen. Die juristische Konstruktion des Falles ist dann folgende: Die anschließende Entgegennahme der Übergabe und die zum

[96]) § 13 dieser Abh.
[97]) vgl. § 12 dieser Abh.

Eigentumsübergang auf den B erforderliche Einigung hierüber erfolgen von seiten des C dem A gegenüber als Vertreter des B. Als solcher nimmt er auch die Wegnahme vor. Im Verhältnis zu B ist C Beauftragter oder Geschäftsführer ohne Auftrag. Daß er selbst an diesem Geschäft ein Interesse hat, steht dem nicht im Wege. Als Beauftragter oder Geschäftsführer ohne Auftrag übt C jetzt die tatsächliche Gewalt über das Pferd aus, und zwar für den B. Dieser ist daher nach § 868 mittelbarer Besitzer. C kontrahiert nun in seiner Eigenschaft als Vertreter des B mit sich selbst in eignem Namen, d. h. mit sich als der Gegenpartei des B, bei dem zwischen B und C geschlossenen Kaufe und überträgt das Eigentum auf sich gemäß § 929 Satz 2 durch Einigung. Eine Gestattung durch den B hierzu ist gemäß § 181 nicht erforderlich, da dieses letzte Rechtsgeschäft lediglich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit des B besteht; erforderlichenfalls würde sie aber auch in der Aufforderung des B, sich das Pferd zu holen, zu sehen sein. Diese Konstruktion befriedigt um so mehr, als sich hierbei ganz klar die causa bei beiden Fällen der Eigentumsübertragung zeigt, was nicht der Fall ist, wenn man eine Eigentumsübertragung sofort von dem A auf den C annehmen wollte, da A und C in gar keinem Verhältnis, in gar keiner Beziehung zueinander stehen. Das Ergebnis unserer Untersuchung ist also: Derjenige, welcher die Abnahme persönlich vornimmt, nimmt die Sache unter allen Umständen in seinen unmittelbaren Besitz, der Käufer nimmt sie, auch wenn er die Abnahme durch einen anderen vornehmen läßt, zum mindesten in seinen mittelbaren Besitz.

Wenn aber die Worte „Übernahme in die tatsächlichliche Verfügungsgewalt, in den Gewahrsam" usw. die Bedeutung haben, daß der Käufer die Sache persönlich in seinen unmittelbaren Besitz nehmen, oder die Annahme zwar eine vertretbare Handlung, das Endergebnis der Abnahme aber das sein soll, daß der abnahmepflichtige Käufer persönlich den unmittelbaren Besitz der Sache erlange, dann sind diese Begriffsbestimmungen unrichtig; denn es sind sehr wohl Fälle denkbar, in denen diesen Anforderungen nicht genügt wird, z. B. die beiden letzten Beispiele. In zweifacher Beziehung unrichtig sind bei dieser Auffassung die Begriffsbestimmungen, die den in Frage stehenden Gesichtspunkt in der Weise bringen, wie dies das Reichsgericht tut. Dieses sagt, Abnahme sei die Hinwegnahme, „um die tatsächliche Verfügungsgewalt zu erhalten und den Verkäufer von der Sache zu entlasten". Damit wird als Zweck der Abnahme die Erlangung der tatsächlichen Verfügungsgewalt durch den Käufer neben der Entlastung des Verkäufers als gleichwertig hingestellt, während

doch in Wirklichkeit der Zweck der Abnahme, wie oben[98]) gezeigt, lediglich die Entlastung des Verkäufers ist. Die Fassung der Begriffsbestimmung des Reichsgerichts ist also unter allen Umständen, auch wenn man die Worte „tatsächliche Verfügungsgewalt" nicht so schroff auffaßt, wie oben ausgeführt, sondern in unserem Sinne versteht, zum mindesten ungenau, weil dadurch etwas als Zweck der Abnahme bezeichnet wird, was in Wirklichkeit wohl sehr oft mit der Abnahme verbunden, aber nicht ihr Zweck ist.

Noch ein weiterer Grund spricht gegen die Aufnahme des Gesichtspunktes der Ansichnahme und ähnlicher Begriffe in die Begriffsbestimmung der Abnahme. Dieser Gesichtspunkt ergibt sich nämlich, wie oben gezeigt, auf Grund logischer Erwägungen mit Notwendigkeit aus dem Begriff des Wegschaffens, den ja alle drei Gruppen mit der Abnahme verbinden. Eine Begriffsbestimmung, die diesen Gesichtspunkt enthält, birgt also etwas Selbstverständliches und darum Überflüssiges. Außerdem könnte man durch eine solche Begriffsbestimmung leicht zu der Ansicht gelangen, daß eine Ansichnahme auch über die Zeit hinaus, die zur Abnahme erforderlich ist, zum Begriffe der Abnahme gehöre.

Fernerhin verzerrt sich das Bild der Abnahme*pflicht* durch die Aufnahme dieses Gesichtspunktes in die Begriffsbestimmung der Abnahme. Wenn man nämlich in diesem Falle sagt, der Käufer sei zur Abnahme verpflichtet, so spricht man damit zugleich die Verpflichtung zur Übernahme in den unmittelbaren oder mittelbaren Besitz aus. Dazu ist der Käufer aber gar nicht verpflichtet, er ist allein zur Wegnahme verpflichtet. Würde er einen Ausweg finden, der ihm die Möglichkeit böte, die Sache wegzunehmen, ohne daß er oder sein Vertreter die Sache an sich nähme, so würde er durch die bloße Wegschaffung seiner Abnahmepflicht voll und ganz genügen. In diesem Sinne bemerkt *Jakobi*[99]) richtig: Der Käufer „habe nur die Pflicht, den Verkäufer von dem Besitz der Sache bei dem Abnahmeverzuge zu befreien. Diese Pflicht könne es zwar mit sich bringen, daß er die gekaufte Sache unter Umständen auch wohl an sich oder in die Hand nehmen müsse, das sei aber für die Abnahmepflicht grundsätzlich nichts Wesentliches".

Der Gesichtspunkt des Ansichnehmens gehört also nach alle dem nicht in die Begriffsbestimmung der Abnahme. Dagegen halte ich es für zweckmäßig, als Zweck die Entlastung des Verkäufers aufzunehmen.

---

[98]) § 9 dieser Abh.
[99]) a. a. O. S. 277 f. Anm. 2.

§ 11.

ββ) Die Gesichtspunkte der Billigung und der Anerkennung als Erfüllung.

Den Gesichtspunkt der Billigung der Ware als vertragsmäßig weiterhin lehnen sämtliche drei Gruppen einstimmig als nicht zum Begriffe der Abnahme gehörig ab; die Vertreter der ersten und zweiten Gruppe tun dies auch bezüglich des Erfordernisses der Anerkennung als Erfüllung, teils ausdrücklich,[100]) teils deuten sie dieses durch die Worte „tatsächlich", „körperlich", „rein körperlich", „real" an. Die dritte Gruppe hingegen will diesen letzten Gesichtspunkt mit dem Begriffe der Abnahme verbunden wissen.

Welches sind nun die Gründe, die die Vertreter sämtlicher Gruppen zu der übereinstimmenden Ansicht bewegen, daß die Abnahme beim Kauf nicht die Bedeutung der approbatio, d. h. der Billigung der Ware als vertragsmäßig habe und somit einen Verzicht auf die Mängelrüge enthalte?

Lehmann[101]) führt in dieser Beziehung aus: Der Käufer könne erst dann vollständig genehmigen und als vertragsmäßig anerkennen, also billigen, wenn er die Gewißheit habe, daß die Ware in allen Beziehungen eine ordnungsmäßige sei. Hierzu sei aber eine eingehende, unter Umständen mit Substanzveränderung der Ware verbundene Untersuchung nötig. Selbst das Handelsgesetzbuch setze unter Kaufleuten nur eine allgemeine Pflicht der Untersuchung fest mit dem Präjudiz der Genehmigung nicht verborgener Fehler. Für das Bürgerliche Gesetzbuch bestehe jedoch eine Untersuchungspflicht überhaupt nicht. Diesen Ausführungen, denen u. E. beizupflichten ist, ist noch hinzuzufügen, daß nach den Vorarbeiten[102]) eine Untersuchungspflicht ausdrücklich abgelehnt worden ist.

Prüfen wir nun, was für und gegen die Verbindung des Gesichtspunktes der Anerkennung als Erfüllung mit dem Begriffe der Abnahme spricht.

Gegen die Auffassung der dritten Gruppe, die also Abnahme und Annahme im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches[103]) vollständig gleichstellt, sprechen vorab die vorhergehenden[104]) Erörterungen,

---

[100]) Einige bei der Besprechung der Abnahme beim Werkvertrag, so: Planck a. a. O. § 640 Anm. 1; Neumann a. a. O. § 640 Anm. 1; Endemann, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 795 Anm. 7.

[101]) DJZ. 1902 S. 494.

[102]) Mugdan, Mat. Bd. 2 S. 124 f., 671.

[103]) vgl. § 5 dieser Abh.

[104]) vgl. §§ 9—11 dieser Abh.

insbesondere soweit sie besagen, daß der Begriff der Abnahme zu bestimmen und zu begrenzen sei durch das Interesse, das durch die Abnahmepflicht geschützt werden soll. Wir haben gesehen, daß diesem Interesse genügend Rechnung getragen wird, wenn die Abnahme die Bedeutung von Wegschaffen hat.

Ferner macht Oertmann[105]) mit Recht geltend, wenn das Bürgerliche Gesetzbuch die Annahme als gleichbedeutend mit der Abnahme betrachte, so würde es bei seinem strengen Sprachgebrauche schwerlich für beides verschiedene Ausdrücke gewählt haben. Er weist ferner darauf hin, daß man dem Käufer, der vielfach erst die empfangene Ware prüfen könne, nicht zumuten dürfe, die angebotene von vornherein als Erfüllung, also mit dem Präjudiz des § 363 anzunehmen.

Weiterhin ergeben auch die Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch,[106]) daß unter den Redaktoren darüber Einstimmigkeit herrschte, daß mit dem Begriffe der Abnahme beim Kauf der Gesichtspunkt der Anerkennung als Erfüllung der Billigung nicht zu verbinden sei. Diese Auffassung wurde im Gegenteil stets zurückgewiesen.

Gegen unsere Auffassung lassen sich vom Standpunkte der dritten Gruppe aus folgende Bedenken geltend machen, die Jakobi[107]) anführt und näher untersucht, ohne sie jedoch vollständig zu entkräften: Man könnte nämlich sagen, die Abnahmepflicht versage bei unserer Ansicht in einem wesentlichen Punkte insofern, als der zur Abnahme Verurteilte auch nach der Abnahme stets auf alle Mängel zurückgreifen könne, wenn er sie nur nicht gekannt oder sich deren Geltendmachung vorbehalten hätte. Dies könne er selbst in dem Falle tun, daß er gegen die Klage auf Abnahme angebliche Mängel vorgebracht habe, aber mit seinem Einwand nicht durchgedrungen sei. Wenn nämlich das Urteil auf Abnahme rechtskräftig geworden sei, so könnten zwar gegen den Abnahmeanspruch Einwendungen aus den Mängeln nur noch in den Grenzen des § 767 ZPO. vorgebracht werden, aber im übrigen seien die Rechte aus den Mängeln nicht gehemmt, da gemäß § 322 ZPO. die Elemente der Entscheidung nicht in Rechtskraft übergingen. Dementsprechend könne also der Käufer, der nur wegen gewisser Mängel die Abnahme verweigert und, verklagt, den Mängeleinwand vorgebracht habe, aber verurteilt sei, doch noch bei der Abnahme selbst sich die Rechte wegen

---

[105]) a. a. O. § 433 Anm. 3 b.

[106]) Mugdan, Mat. Bd. 2 S. 766 f., 924; in § 7 S. 21 f. dieser Abh. angeführt.

[107]) a. a O. S. 283 ff.

dieser Mängel vorbehalten. Der Prozeß sei also in diesem Falle zwecklos gewesen.

Ferner — dieses Bedenken macht auch Striebinger[108]) geltend — solle doch der Verkäufer, der vom Käufer Abnahme verlangen könne, um für die Sache nicht mehr sorgen oder von ihr Schaden befürchten zu müssen, durch die Abnahme in keine üblere Lage versetzt werden, als er es ohne Abnahme sei. Eine solche Verschlimmerung der Lage würde aber eintreten, wenn der Verkäufer gezwungen wäre, dem Käufer die Ware zu liefern, die dieser annehmen wolle, aber nur unter Vorbehalt der Rechte wegen Mängel, die tatsächlich nicht vorhanden seien; denn in solchen Fällen habe der Verkäufer das lebhafteste Interesse, zu beaufsichtigen, daß mit der Ware keine Veränderung vorgenommen werde.

Demgegenüber ist zu bemerken, daß diesen Mängeln nicht durch die Auslegung der Abnahme in dem Sinne, daß sie die Anerkennung der Sache als Erfüllung bedeute, abzuhelfen ist, sondern auf anderen Wegen, die auch für jeden anderen Gläubiger, nicht nur für den Verkäufer allein, gangbar sind.

Jakobi weist zuerst die aus diesen Erwägungen entsprungene Auffassung, daß eine Abnahme unter Vorbehalt keine gehörige Erfüllung der Abnahmepflicht sei, mit Recht zurück. Er tut dies durch den Hinweis auf § 464, nach dem der Käufer auch noch nach der Annahme, von der die Abnahme ja ein Teil ist,[109]) auf unbekannte Mängel Ansprüche stützen kann. Wenn er sich dieses Recht bei der Abnahme vorbehalte, so bemerkt Jakobi weiter, so sage er nur etwas Selbstverständliches. Irgendwann müsse er doch diesen Vorbehalt machen können.

Jakobi führt dann zwei Mittel an, um den vorgebrachten Übelständen abzuhelfen: Wenn nämlich der Schuldner ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung habe, daß die Schuld getilgt sei, so könne er auf Feststellung des Nichtbestehens der Verbindlichkeit klagen. Ein solches rechtlich begründetes Interesse werde aber fast immer vorhanden sein, wenn der Schuldner Vorbehalte mache oder sich auch nur schweigsam verhalte, nachdem der Verkäufer ihn zur Anerkennung der Vertragsmäßigkeit der Lieferung aufgefordert habe.

Weiterhin verweist Jakobi auf das Recht der Quittung. Nach § 368 hat der Gläubiger gegen Empfang der Leistung auf Verlangen ein schriftliches Empfangsbekenntnis, eine Quittung, zu erteilen. Eine Quittung wird er aber nur dann erteilen, wie

---

[108]) a. a. O. S. 18.

[109]) vgl. § 13 dieser Abh.

Lehmann[110]) richtig bemerkt, wenn er vorbehaltlos die Leistung als Erfüllung angenommen zu haben bescheinigt. Durch die Erteilung einer Quittung versetzt er sich in die Lage des § 963: er hat gegen die Quittung den Beweis zu führen, daß die Schuld nicht getilgt ist.

Diese Ausführungen entkräften die vorgebrachten Bedenken nicht ganz, da in vielen Fällen die angeführten Rechte des Gläubigers versagen. Jakobi selbst gibt zu, daß der Gläubiger nicht bei jedem Interesse, sondern nur bei einem rechtlichen Interesse an der alsbaldigen Feststellung die Feststellungsklage hat, und daß ferner auch in vielen Fällen sowohl die Feststellungsklage als auch das Recht auf Quittung versagt, wenn nämlich ein Recht des Schuldners entgegensteht. Ein Recht des Schuldners stehe nun dem Anspruche des Gläubigers entgegen, so führt er aus, wenn man dem Schuldner die sofort oder in nächster Zeit erfolgende Ausstellung der Quittung oder Aussprechung der Anerkennung nach Treu und Glauben nicht zumuten könne. Dies sei z. B. der Fall, wenn der Gläubiger die nötige Sachkunde nicht besitze, um allein die Vertragsmäßigkeit der gelieferten Sache bestätigen zu können, fernerhin wenn er zum Eintritt in eine derartige Prüfung zur Zeit der Lieferung keine Zeit oder keine Lust habe und der Verkäufer dies nach Lage der Sache nicht erwarten dürfe. Endlich bestehe sowohl bei Auslieferung wie auch später das Recht auf Anerkennung so lange überhaupt nicht, als man nicht tatsächlich sicher ermitteln könne, daß auch in Zukunft keine Mängel irgendwelcher Art hervortreten könnten, wie z. B. bei Viehmängeln wenigstens während der Gewährfristen. In diesen Fällen habe demnach der Verkäufer kein Recht auf endgültige Abnahme.

Aber auch hier gibt es eine Abhilfe, worauf Brinkmann[111]) hinweist. Dieser führt aus, der Verkäufer werde für den Fall, daß der Käufer die Vertragsmäßigkeit der Sache nach seiner Meinung ungerechtfertigt bemängele, auf Abnahme klagen und zugleich ein Verfahren gemäß § 488 Abs. 2 ZPO. einleiten, ein Weg, der immer offenstehe, da die Voraussetzungen des § 485 ZPO. nicht gegeben zu sein brauchten. Dem ist u. E. voll zuzustimmen; damit sind die von Jakobi vorgebrachten Bedenken sämtlich ausgeräumt.

Striebinger[112]) hält es aus folgenden Gründen für notwendig, den Gesichtspunkt der Anerkennung als Erfüllung mit

---

[110]) DJZ. 1902 S. 494.
[111]) a. a. O. S. 27 f.
[112]) a. a. O. S. 16 ff.

dem Begriff der Abnahme zu verbinden: Der Verkäufer habe ein dringendes Interesse daran, daß möglichst bald festgestellt werde, daß er den Vertrag erfüllt habe. Es sei auch gerecht, dem Käufer den Beweis aufzuerlegen, wenn er nach der Abnahme behaupte, es sei nicht oder nicht vollständig erfüllt. Als Gründe für diese Umkehrung der Beweislast führt er zuerst die von Schöller[113]) zur Begründung der Beweislastregelung bei der Annahme als Erfüllung dargelegten an, unter Verweisung hierauf, nämlich daß der Käufer die Tatsache der äußerlich vollzogenen Erfüllung gegen sich gelten lassen müsse. Ferner könne sich der Käufer, da ja die Abnahmepflicht nur gegenüber dem Angebot vertragsmäßiger Leistung gegeben sei, dadurch schützen und vor der ihm ungünstigen Beweislastumkehrung bewahren, daß er bei einem auch nur unerheblichen Mangel die Abnahme verweigere. Es liege also in der Umkehrung der Beweislast keine Härte, vielmehr liege eine solche darin, wenn dem Verkäufer noch nach der Abnahme der Beweis der Fehlerlosigkeit zugemutet werde.

Darauf ist, was für die gesamten Ausführungen Striebingers zutrifft, in erster Linie zu erwidern, daß die Gründe für die Auslegung des Begriffs der Annahme als Annahme als Erfüllung nicht auch bezüglich der Abnahme zutreffen, da Annahme und Abnahme zwei ganz verschiedene Begriffe sind.[114]) Zuzugeben ist weiterhin allerdings, daß der Verkäufer ein dringendes Interesse daran hat, daß möglichst bald die regelrechte Erfüllung seines Vertrages festgestellt wird, aber dieses Interesse hat er nicht allgemein in höherem Maße als die Schuldner aus anderen Schuldverhältnissen. Es sind ihm daher auch keine größeren Befugnisse zuzusprechen als den übrigen Schuldnern. Diese reichen übrigens, wie oben gezeigt, zur Wahrung seiner Interessen vollständig aus. Unerhebliche Mängel berechtigen außerdem nicht zur Abnahmeverweigerung, wie in § 25 dieser Abh. gezeigt wird.

Weiterhin den Ausführungen Schöllers folgend, legt Striebinger dar, wenn das Gesetz den Käufer nicht wie jeden anderen Gläubiger nur berechtige, die verkaufte Sache anzunehmen, sondern ihn ausdrücklich verpflichte, sie abzunehmen, so habe es damit augenscheinlich nur beabsichtigt, die Vornahme einer und derselben Rechtshandlung nicht nur als Recht, sondern auch als Pflicht hinzustellen. Nach der herrschenden Meinung gerate de Käufer, der körperlich abgenommen habe, aber die Anerkennung als Erfüllung verweigere, in Annahmeverzug, nicht aber in Abnahmeverzug. Deshalb könnten auch gegen ihn nur die Folgen

---

[113]) a. a. O. S. 38.
[114]) vgl. §§ 5 u. 13 dieser Abh.

des Annahmeverzuges, nicht aber die durchgreifenderen des Leistungsverzuges geltend gemacht werden. Nach der Absicht des Gesetzgebers solle aber der Verkäufer in höherem Maße geschützt werden als sonst ein Schuldner gegenüber dem Gläubiger. Der Gesetzgeber habe daher dem Verkäufer nicht nur eine Klage auf körperliche Abnahme gegeben, sondern auch eine solche auf Anerkennung der Leistung. Deshalb gerate er bei Nichtanerkennung der vertragsmäßigen Leistung sowohl in Gläubiger- als auch in Schuldnerverzug; letzteres nur dann nicht, wenn er ohne Verschulden die Anerkennung verweigere.

Diesen Ausführungen ist folgendes entgegenzuhalten: Es ist zu leugnen, daß die Interessen des Verkäufers allgemein in höherem Maße durch das Gesetz geschützt werden sollen als die eines anderen Gläubigers. (Gläubiger ist er ja in bezug auf die Abnahme.)[115] Es liegt dazu kein Grund vor. Es soll vielmehr, wie oben gezeigt, lediglich das Interesse, das er an dem Wegschaffen der Ware aus seinem Gewahrsam hat, besonders geschützt werden, weil dies bei ihm sich öfter findet und dringender ist als bei Gläubigern aus anderen Schuldverhältnissen. Hiernach begrenzt sich auch die Pflicht, die dem Schuldner, dem Käufer, auferlegt wird. Es sei auch hier nochmals darauf hingewiesen, daß die Festsetzung der Abnahmepflicht eine Berücksichtigung der Interessen des Verkäufers ist, die eine Ausnahme darstellt und demgemäß einengend auszulegen ist.

Außerdem würde es eine bedenkliche Verletzung des Wesens des Schuldverhältnisses sein,[116] wenn das gesamte Recht des Käufers zu einer Pflicht umgestempelt werden sollte. Das Wesen des Schuldverhältnisses besteht ja eben darin, daß dem Rechte der einen Vertragspartei eine Pflicht auf seiten der anderen entspricht, daß aber ein und dieselbe Handlung für dieselbe Person nicht in ihrer Gesamtheit ein Recht und zugleich eine Pflicht sein kann. Die Abnahmepflicht in unserem Sinne läßt sich aber ohne jede Verletzung des Wesens des Schuldverhältnisses erklären: Die Ausübung des Rechtes des Käufers, die Sache an sich zu nehmen, die einen wirtschaftlichen Nachteil für den Verkäufer darstellt, bietet diesem auch einen wirtschaftlichen Vorteil, nämlich den, daß er die Sache los wird, so daß er sie nicht mehr aufzubewahren braucht, daß der Lagerplatz frei wird, den sie innegehabt hat, und er über diesen also wieder verfügen, ihn wieder benutzen kann, daß er fernerhin sich ihr in keiner Weise mehr zu widmen, für

---

[115]) vgl. §§ 15 u. 19 dieser Abh.

[116]) Ein Gesichtspunkt, auf dem Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 17 S. 256 ff., allerdings nicht mit diesen Ausführungen übereinstimmend, hinweist. Vgl. auch unsere Ausführungen in § 19 dieser Abh.

sie zu sorgen braucht, und daß er durch sie keinen Schaden mehr zu befürchten hat. Die Erlangung dieser Vorteile, die die Duldung der Ausübung des Rechts des Käufers auf Ansichnahme dem Verkäufer bringt, hat das Gesetz, wenn auch nach langem und hartnäckigem Widerstreben und Kampfe, als ein Recht des Verkäufers anerkannt, und es schützt sein hierauf gehendes Interesse als ein berechtigtes und rechtlichen Schutz verdienendes, indem es dem Käufer befiehlt, die dem Verkäufer günstigen Folgen, die mit der Ausübung seines Rechts für jenen verbunden sind, herbeizuführen, ohne ihm aber die Ausübung seines gesamten Rechtes selbst, das ja auf Ansichnahme, Annahme geht, zur Pflicht zu machen. Es stellt sich ja auch gerade die Tätigkeit des Käufers, die die für den Verkäufer günstigen Folgen herbeiführt, nämlich die Abnahme in unserem Sinne, nicht so sehr als die Ausübung des Rechtes des Käufers dar, sie ist vielmehr eine, ihm selbst nie Vorteil bietende, oft aber recht unangenehme und beschwerliche Tätigkeit, die aber zur Ausübung seines Rechts auf dauernde Ansichnahme und zur Sicherung der Vorteile dieses Rechts erforderlich ist: Erst das Ansichbringen, nicht das Wegschaffen der Ware, schafft dem Käufer Vorteile; das Wegschaffen ist lediglich eine Vorbedingung der Erlangung der Vorteile.

Wenn endlich Striebinger im Einklang mit Romeick[117]) glaubt, mit der Klage auf Abnahme beabsichtige der Verkäufer nicht bloß die Verurteilung des Käufers zur Wegnahme, sondern auch zur Anerkennung als Erfüllung, daß er also nie lediglich die körperliche Wegschaffung der Sache begehre, so ergibt sich die Unhaltbarkeit dieser Ansicht aus dem Hinweise auf das von Sprenger[118]) gebrachte Beispiel: Ein Fabrikant verkauft 40 Fuder Kohlenasche für 2 Mk., weil er den Platz, den diese Kohlen einnehmen, zu anderen Zwecken dringend nötig hat. Der Käufer holt die Asche nicht weg. Der ganze Fabrikbetrieb droht infolgedessen ins Stocken zu kommen. Klagt jetzt der Fabrikant, so wird die Klage doch wohl lediglich die schleunige Wegschaffung der Asche bezwecken, und, wenn der Käufer hierzu verurteilt ist, so wird der Fabrikant wohl schwerlich sagen, wie Striebinger das allgemein behauptet, er wolle die Asche lieber behalten, wenn der Käufer sie nicht als Erfüllung anerkenne. Aber auch, wenn der Käufer sagen würde, er erkenne die Asche als vertragsmäßig an und billige sie in jeder Beziehung, so würde der Fabrikant, wenn der Käufer sie nicht wegschaffte, auf Abnahme, d. i. körperliche Wegschaffung, klagen. Anliche Beispiele bringen Makower[119])

[117]) a. a. O. S. 59 f.
[118]) a. a. O. S. 601.
[119]) a. a O. Bd. 2 Vorbem. zu §§ 375, 376, 9 e.

und Hohenstein.[120]) Sie lassen sich aber auch beliebig vermehren; man denke z. B. nur an den Verkauf eines Hauses auf Abbruch. Die übrigen Ausführungen Striebingers fallen mit dem oben Widerlegten zusammen.

Es ist endlich hier die bei der Besprechung der Stellungnahme Staubs zum Begriffe der Abnahme schon berührte[121]) Frage zu erörtern, ob die Abnahme nach § 433 Abs. 2 eine endgültige sein muß. Die Frage ist dahin zu beantworten, daß sie endgültig sein muß in dem Sinne, daß der Käufer die Sache nicht heute wegschaffen und morgen ohne weiteres wiederbringen kann. Das widerspräche selbstverständlich den Grundsätzen von Treu und Glauben und der Verkehrssitte (§ 242) und würde nicht Abnahme genannt werden können; in diesem Falle hätte der Käufer die Sache in Wirklichkeit dem Verkäufer nicht vom Halse geschafft, und dessen Interessen würden durch diese Handlungsweise des Käufers natürlich nicht gewahrt sein. Die Abnahme braucht aber entgegen der Ansicht Staubs[122]) nicht endgültig zu sein in dem Sinne, daß sie mit dem Willen zu geschehen hätte, die Sache nicht unter Umständen wieder zurückzugeben. Eine derartige Abnahme setzt notwendig eine Billigung der Sache voraus, die ja nach obigen Ausführungen nicht zum Begriff der Abnahme gehört. Nimmt aber der Käufer die Sache aus dem Gewahrsam des Käufers, wenn auch mit der Erklärung, er tue dies nur „vorläufig", und lagert er sie nach vorgenommener Untersuchung, die ergibt, daß sie nicht vertragsmäßig ist, bei sich oder einem Dritten, indem er sie dem Verkäufer zur Verfügung stellt,[123]) so hat er seiner Annahmepflicht voll genügt. Er hat dies sogar bei Geltendmachung der Wandlung getan, wenn er die Sache bei dieser Erklärung dem Verkäufer wieder zurückbringt. Auch eine Abnahme „unter Vorbehalt", sofern sie den Verkäufer von der Sache befreit, ist eine Abnahme im Sinne des § 433 Abs. 2. Der Vorbehalt ist eben eine Einschränkung der Annahme und nicht der Abnahme. Man kann allerdings unter Umständen eine endgültige Abnahme auch in dem Sinne Staubs fordern, nämlich in den Fällen, in denen, wie oben[124]) ausgeführt, eine Anerkennung der Vertragsmäßigkeit gefordert werden kann. Das hat aber nichts mit dem Begriffe der Abnahme im Sinne des § 433 Abs. 2

---

[120]) Hohenstein § 326 BGB. und der Abnahmeverzug des Käufers, in Gruchots Beitr. Bd. 48 S. 721.

[121]) S. 28 dieser Abh.

[122]) a. a. O. § 373 Anm. 4.

[123]) Über die Bedeutung des zur Verfügung Stellen s. Lehmann in DJZ. 1902 S. 491 und Makower a. a. O. § 346 Anm. III b, 2.

[124]) In diesen Paragraphen (S. 39 ff. dieser Abh.).

zu tun, sondern es ergibt sich dies aus den oben[125]) ausgeführten rechtlichen Gesichtspunkten. Der Gesichtspunkt der Endgültigkeit gehört nach alledem nicht zum Begriffe der Abnahme und ist daher nicht in ihre Begriffsbestimmung aufzunehmen.

Ich gebe zum Schlusse folgende Begriffsbestimmung der Abnahme beim Kauf: Abnahme ist die rein körperliche Tätigkeit der Hinwegnahme der Kaufsache — deren auferre —, um den Verkäufer von der Sache zu entlasten.

§ 12.

d) Natur und Bedeutung der Abnahme als vertretbare Handlung.

Die Abnahme als rein körperliche Tätigkeit der Hinwegnahme kann ebensogut von einem Dritten wie von dem Abnahmepflichtigen selbst vorgenommen werden. Es ist dies auch wenig bestritten. Die Stellungnahme in der Literatur geschieht meist mittelbar, indem man für die Zwangsvollstreckung der Abnahme § 887 oder § 888 ZPO. Anwendung finden läßt. Die Schriftsteller und Gerichte, die den ersten Paragraphen für anwendbar erklären, sehen in der Abnahme eine vertretbare Handlung, die anderen, die sich für § 888 ZPO. entscheiden, erblicken in ihr eine unvertretbare Handlung. Das Nähere über die Frage der Zwangsvollstreckung, insbesondere die hierauf sich beziehende Literaturangabe, s. in § 31.[126])

Die Ansicht, daß die Abnahme keine vertretbare Handlung sei, ist aber wohl kaum zu rechtfertigen, und es wird auch eine solche Rechtfertigung in der Literatur u. W. nicht versucht. Vielmehr erklären alle, die sich mit der Frage der Vertretbarkeit näher beschäftigen, die Abnahme für eine vertretbare Handlung. Die u. E. zwingenden Gründe hierzu sind folgende: Der Erfolg der Hinwegnahme, nämlich die Befreiung des Verkäufers von dem Gewahrsam der Sache, kann doch jeder andere ebensogut herbeiführen wie der Käufer selbst. Es ist vom Standpunkte des Verkäufers wirtschaftlich gleichgültig, durch wen die Abnahme vorgenommen wird, und vom Standpunkte des Käufers auch rechtlich zulässig, daß ein anderer die Abnahme vornimmt.[127]) In diesem Sinne bemerkt auch Siber,[128]) durch wen die Sache fort-

[125]) In diesen Paragraphen (S. 39 ff. dieser Abh.).

[126]) S. 106 ff. dieser Abh.

[127]) vgl. Gaupp-Stein, Die ZPO. für das Deutsche Reich 8. u. 9. Aufl. Bd. 2 § 887 Anm. II, 2.

[128]) a. a. O. S. 47.

geschafft und wie sie des weiteren aufbewahrt werde, habe für den Verkäufer, der sie nur los sein wolle, kein Interesse. Dem kann u. E. die Zustimmung nicht versagt werden.

Bedeutsam ist die Frage der Vertretbarkeit vornehmlich für die Lehren von der Unmöglichkeit und der Zwangsvollstreckung der Abnahme.

Bei der Unmöglichkeit der Leistung gilt für Gattungsschulden § 279, nach welchem der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten hat, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt. Planck[129]) bemerkt hierzu: Der diesem Paragraphen „zugrunde liegende Gedanke rechtfertige eine entsprechende Anwendung auf alle Fälle, in denen nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses davon ausgegangen werde, daß der Schuldner die von ihm zu bewirkende Leistung durch Geldmittel ermöglichen solle" (und könne, dürfen wir wohl hinzufügen). „Der Schuldner habe bei einer Gattungspflicht zwar nicht direkt Geld zu leisten, aber er solle doch Geld zum Zwecke der Leistung aufwenden. Der Auffassung des Verkehrs und der Absicht der Parteien entspreche es, daß der Schuldner sich in einem solchen Falle, um die Befreiung von seiner Verpflichtung darzutun, ebensowenig wie in dem Falle, in welchem er direkt Geld zu leisten habe, darauf berufen könne, daß er ohne sein Verschulden unvermögend geworden sei, das Geld zu beschaffen."

Dem ist u. E. im Einklang mit Romeick[130]) zuzustimmen. Hiernach hat der Käufer sein Unvermögen zur Abnahme so lange zu vertreten, als die Abnahme für irgendeinen Menschen möglich ist. Die Abnahme ist aber stets möglich, solange die zu leistende Sache beim Verkäufer, seinem Besitzdiener (§ 855) oder seinem Besitzmittler (§ 868) vorhanden ist. Also hat der Käufer die Nichtabnahme so lange zu vertreten, als die Sache beim Verkäufer oder den obengenannten Personen vorhanden ist Ferner fällt die durch Zufall, Fahrlässigkeit oder Vorsatz herbeigeführte Unmöglichkeit der Abnahme zusammen mit der Unmöglichkeit der Leistung des Verkäufers, da dieser natürlich nicht mehr leisten kann, wenn die Sache bei ihm, seinem Besitzdiener oder Besitzmittler nicht mehr vorhanden ist. Es greifen dann aber die Regeln über die Unmöglichkeit der Leistung des Verkäufers Platz, wie das Reichsgericht[131]) mit Recht entschieden hat.

Die Bedeutung der Frage der Vertretbarkeit der Abnahme für die Zwangsvollstreckung ist schon vorhin gestreift worden.

[129]) a. a. O. § 279 Anm. 2.
[130]) a. a. O. S. 63.
[131]) RGZ. Bd. 57 S. 406.

Des näheren sei sie bei der Besprechung der Zwangsvollstreckung der Abnahme erörtert.[132])

§ 13.

e) Verhältnis der Abnahme zur Annahme und Übergabe.

Wie schon früher[133]) bemerkt, fallen Abnahme und Annahme in vielen Fällen zusammen; notwendig ist dieses Zusammenfallen aber nicht. Es kann sowohl eine Abnahme ohne Annahme als auch eine Annahme ohne Abnahme vorkommen.

Die erstgenannte dieser beiden Möglichkeiten ergibt sich aus der Überlegung, daß die Abnahme nur ein Teil der Annahme ist. Zum Begriffe der Annahme gehören, wie schon oben[134]) bemerkt, drei Bestandteile: 1. das Heraustreten aus dem Gewahrsam des Gebenden, 2. das Eintreten in den des Abnehmenden und 3. die übereinstimmende Willensrichtung beider Parteien (allerdings vom entgegengesetzten Interessenstandpunkte aus), die Sache als Erfüllung einer bestimmten Verbindlichkeit zu geben oder zu nehmen. Abnahme liegt aber schon vor, wenn allein das erste Erfordernis der Annahme gegeben ist, die beiden andern aber fehlen. Folgendes Beispiel zeige dies: A kauft von B 100 Zentner Mehl. A schafft das Mehl auch von B weg, erklärt aber, er nehme es nicht als Erfüllung an, stellt es dem B zur Verfügung und lagert es bei einem Dritten für Rechnung wen es angeht.[135]) Hier ist das Mehl weggeschafft, also die Abnahme vollendet, die Annahme aber zweifellos nicht.

Die zweite Möglichkeit, daß Annahme ohne Abnahme vorliegt, findet sich in allen Fällen, in denen die an den Kauf sich anschließende Eigentumsübertragung der gekauften Sache ohne körperliche Übergabe der Sache stattfindet, aber auch nur in diesen Fällen, also: 1. bei der brevi manu traditio, d. h. bei der Eigentumsübertragung durch Einigung über den Eigentumsübergang, wenn der Erwerber im Besitze der Sache ist (§ 930 Satz 2); 2. bei der Vindikationszession, d. h. bei der Eigentumsübertragung durch Abtretung des Anspruches auf Herausgabe der Sache von seiten des Verkäufers an den Käufer, wenn ein Dritter im Besitze der Sache ist (§ 931); 3. beim constitutum possessorium, d. h. bei der Eigentumsübertragung durch Vereinbarung eines Rechtsverhält-

---

[132]) § 31 S. 106 ff. dieser Abh.
[133]) § 10 S. 33 dieser Abh.
[134]) § 5 S. 12 dieser Abh.
[135]) Ähnlich Makower a. a. O. § 373 Anm. V a.

nisses, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt (§ 930). Treffend beleuchtet Siber[136]) diese von ihm angeführten Fälle, indem er dazu bemerkt: „Eine Abnahmepflicht besteht in diesen Fällen überhaupt nicht: denn bei der Belassung im Gewahrsam des Käufers ist der Abnahmezweck bereits vor der Annahme erreicht. Bei der Abtretung des Herausgabeanspruches kann die Sache dem Verkäufer, der sie nicht hat, auch nicht abgenommen werden. Durch die Vereinbarung eines mittelbaren Besitzverhältnisses aber verzichtet der Verkäufer auf Abnahme zufolge dem Kaufvertrage; er bleibt nur auf Grund des dem mittelbaren Besitze zugrunde liegenden obligatorischen Rechtsverhältnisses zur Übertragung des Gewahrsams verpflichtet oder zu einem Anspruch auf Abnahme berechtigt; letzteres ist nur bei besonderer Vereinbarung der Fall, weil das Gesetz für die dem mittelbaren Besitz zugrunde liegenden Verpflichtungen aus Verwahrung, Miete u. dgl. keine Abnahmepflicht vorschreibt".[137])

Düringer-Hachenburg[138]) führen aus, Annahme ohne Abnahme liege vor, „wenn der Käufer zwar das Dispositionspapier annehme, dann aber die Abnahme verweigere, weil er gerade keine geeigneten Lagerräume zur Verfügung habe". Das Beispiel ist u. E. verfehlt, da zum Begriffe der Annahme stets ein Befreien von der Aufbewahrung gehört, wenn nicht einer der drei oben angeführten Fälle vorliegt. Im vorliegenden Falle hat eben der Käufer noch gar nicht vollständig angenommen, er hat nur einen Teil seines Rechtes ausgeübt. Man wird doch auch nicht im Ernste behaupten wollen und können, der Käufer habe die ihm aus seinem Recht auf Annahme zustehenden Befugnisse erschöpft und könne solche weiterhin in keiner Beziehung dem Verkäufer gegenüber geltend machen.

Während also die Abnahme in ihrem Verhältnis zur Annahme als ein Teil derselben bezeichnet werden muß, ist das Verhältnis zwischen Abnahme und Übergabe dahin festzulegen, daß die Übergabe eine notwendige Voraussetzung der Abnahme ist und umgekehrt, daß sie einander entsprechende Begriffe sind.[139]) Dies schließen wir vor allem aus der Gegenüberstellung im Gesetze selbst. Daß die Übergabe und Abnahme einander entsprechen, besagt einerseits § 433, der den Verkäufer zur Übergabe und den Käufer zur Abnahme verpflichtet, andererseits aber auch ganz

---

[136]) a. a. O. S. 43.

[137]) Ähnlich Lehmann in DJZ. 1902 S. 493 und Makower a. a. O. § 373 Anm. V a.

[138]) a. a. O. Bd. 3 S. 211.

[139]) In diesem Sinne Cosack a. a. O. Bd. 1 S. 460, 538 (vgl. unsere Ausführungen dazu in § 8 S. 27) und Oberloskamp a. a. O. S. 48.

besonders § 448, der die Kosten der Übergabe usw. dem Verkäufer, die der Abnahme dem Käufer auferlegt. In unserer Ansicht werden wir noch durch folgende Überlegungen bestärkt: Die Übergabe, so wie sie als Pflicht des Käufers in Betracht kommt, besteht in der tatsächlichen Übertragung des unmittelbaren Besitzes auf den Verkäufer selbst, seinen Besitzdiener (§ 855), oder seinen Besitzmittler (§ 868).[140]) Die Übergabe ist eine Tätigkeit des Verkäufers (Beweis: §§ 433, 448, 929), die aber eine Mitwirkung des Käufers, ein Ansichnehmen zur Voraussetzung hat. Wenn die Ansichnahme nicht erfolgt, ist eben die Übergabe nicht vollendet, nicht geschehen, weil der Verkäufer ja noch den unmittelbaren Besitz hat. Die gesamte, auf Übergabe zielende Tätigkeit des Verkäufers ist vergeblich, wenn der Käufer die Sache nicht abnimmt und so[141]) selbst oder durch seinen Vertreter, wenn auch für noch so kurze Zeit, den unmittelbaren Besitz übernimmt. Die Abnahme und nicht die Annahme entspricht der Übergabe, weil der Gesichtspunkt der Annahme als Erfüllung nicht gegeben zu sein braucht. Umgekehrt ist aber auch die Übergabe Voraussetzung der Abnahme. Die gesamte Abnahme bezweckende Tätigkeit des Käufers ist erfolglos, wenn der Verkäufer nicht zur Übertragung des unmittelbaren Besitzes bereit ist. Der Verkäufer behält dann ja den unmittelbaren Besitz, und eine Befreiung hiervon findet naturgemäß nicht statt.

Auch für diese Frage scheiden die drei obenerwähnten Fälle der §§ 929 Satz 2, 930 u. 931 aus, und zwar aus den von Siber[142]) angeführten Gründen, die auch für die Übergabe gelten.

Vierter Abschnitt.

Die Abnahmepflicht.

§ 14.

a) In den Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuche und der sich daran anknüpfenden Literatur.

Bei der Erörterung der Frage, ob das Bürgerliche Gesetzbuch dem Käufer eine Pflicht zur Abnahme auferlegt hat und welcher Natur diese Pflicht ist, sei zunächst wiederum auf die Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuche zurückgegangen.

---

[140]) Ebenso Neumann a. a. O. § 929 Anm. II, 1 b; Striebinger a. a. O. S. 35 u. a. m.

[141]) vgl. oben § 10 S. 33 ff. dieser Abh.

[142]) a. a. O. S. 43; von uns auf S. 48 angeführt.

In den Motiven[1]) ist folgendes ausgeführt: Neben der Verpflichtung zur Bezahlung des Kaufpreises sei dem Käufer „nach dem Vorgange des preuß. allgem. Landrechts I, 11 § 215 (Eccius Bd. 2 § 125 A S. 42; Dernburg Bd. 2 § 150 Nr. 3), des österr. BGB. § 1062, des schweizer. Bundesgesetz. Art. 260 sowie des hess. Entw. Art. 21 und des Dresdener Entw. Art. 453 die Verpflichtung auferlegt, dem Verkäufer die verkaufte Sache abzunehmen. Diese Verpflichtung werde als eine allgemeine in Theorie und Praxis nicht durchaus anerkannt (Seufferts Arch. Bd. 32 Nr. 129; RGZ. Bd. 5 S. 393). In den meisten Fällen sei jedoch die Abnahmepflicht als eine aus dem Vertrage sich ergebende und selbständig klagbare zweifellos begründet. Wenn das Gesetz schwiege, so würde die Abnahmepflicht als naturale negotii verneint erscheinen und die Gefahr bestehen, daß sie nur in den Fällen anerkannt würde, in denen sie ausdrücklich bedungen würde oder als stillschweigend vereinbart sich nachweisen ließe. Daraus, daß die modernen Kodifikationen sich überwiegend für die Verpflichtung aussprächen, sei auch auf ein praktisches Bedürfnis, dieselbe anzuerkennen, mit Sicherheit zu schließen. Daß der Käufer nur dann verpflichtet sei, die gekaufte Sache bezw. die angebotene Sache abzunehmen, wenn sie vertragsmäßig angeboten sei (HGB. Art. 346; schweizer. Bundesgesetz. a. a. O.), bedürfe, da es aus anderen allgemeinen Vorschriften folge, keines besonderen Ausdruckes. Über die Natur des praktischen Bedürfnisses lassen die Motive sich leider nicht weiter aus.

Die Protokolle[2]) enthalten umfangreiche Ausführungen über die Abnahmepflicht: Es war der Antrag gestellt worden, in dem mit dem § 433 Abs. 2 BGB. übereinstimmenden § 459 Abs. 2 des Entw. die Worte „und die verkaufte Sache abzunehmen" zu streichen.[3]) Zur Begründung dieses Antrages wurde im Anschlusse an die von uns im folgenden gebrachten Ausführungen Labands[4]) geltend gemacht[5]): „Es bestehe kein Bedürfnis, neben den allgemeinen Vorschriften über den Annahmeverzug, nach welchen bei jedem auf Leistung einer Sache gerichteten Schuldverhältnisse dem Gläubiger in gewissem Sinne (§ 261)[6]) eine Abnahmepflicht obliege, für den Kauf etwas Besonderes zu bestimmen und eine selbständig klagbare und vollstreckbare Pflicht zur Abnahme zu statuieren". Eine solche sei auch im gemeinen Recht von der

[1]) Mugdan, Mat. Bd. 2 S. 176.
[2]) Mugdan, Mat. Bd. 2 S. 765.
[3]) Mugdan, Mat. Bd. 2 S. 765.
[4]) a. a. O. S. 302 ff.
[5]) Mugdan, Mat. Bd. 2 S. 766.
[6]) Der dem § 304 BGB. entspricht.

herrschenden Lehre nicht anerkannt worden. In einzelnen besonders gearteten Fällen könne der Käufer zwar ein besonderes Interesse an der Wegschaffung haben, aber das könne auch bei anderen auf Veräußerung gerichteten Verträgen der Fall sein. Die beantragte Streichung „empfehle sich daher in dem Sinne, daß es sich nicht um eine Besonderheit für den Kauf handle, sondern eine eigentliche Abnahmepflicht sich ebenso aus anderen Verträgen ergeben könne, und daß letztere, wo sie anzuerkennen sei, ihren Grund in dem im einzelnen Falle festzustellenden Interesse des Berechtigten habe".

Die Ausführungen Labands, auf die oben in den Protokollen Bezug genommen wird, sind ihrem Inhalt nach folgende: Laband[7]) bezeichnet die Abnahmepflicht als eine bedenkliche, nicht gerechtfertigte und unhaltbare. Allerdings könne es ausnahmsweise vorkommen, daß der Verkäufer ein besonderes Interesse an der Abnahme habe, nämlich in dem Falle, daß mit dem Kaufvertrage ein Transportvertrag verbunden sei oder gerade den Hauptinhalt des Vertrages bilde; wenn z. B. jemand sein Haus auf Abbruch verkaufe, so wolle er nicht nur den Baustoff verwerten, sondern auch den Bauplatz geräumt haben. Er führt weiterhin die von uns S. 1 ff. behandelten l. 9 D. 19, 1 sowie folgenden Fall an: Jemand läßt bei einem Wohnungswechsel alles Hausgerät, das er nicht mit in die neue Wohnung bringen will, in der alten zurück und verkauft es. In diesem Falle, so bemerkt Laband, liege ein Interesse an dem rechtzeitigen Abholen vor, da erst mit dem Abholen der verkauften und zurückgelassenen Sache die Wohnung geräumt sei. Endlich könne beispielsweise auch der Hauswirt, der den Inhalt der Senkgruben verkauft habe, deren rechtzeitige Entleerung verlangen. Aber in allen diesen Fällen sei die Abnahmetätigkeit des Käufers wesentlicher Teil der von ihm übernommenen Leistung, und aus diesen Gründen sei eine besondere gesetzliche Anerkennung der Verpflichtung des Käufers zur Abnahme überflüssig, da sie sich aus dem Inhalte des Vertrages und dem Grundsatze von Treu und Glauben ergäben.

Das Unerträgliche und Unleidliche einer selbständig klagbaren und vollstreckbaren Abnahmepflicht sucht Laband durch ihre nach seiner Meinung praktisch unhaltbaren Folgen an folgenden Beispielen darzutun:

Wer eine Zeitung oder einen lieferungsweise erscheinenden Roman bestellt und den Preis bezahlt habe, aus guten Gründen aber die Druckschrift nicht mehr ins Haus kommen lassen wolle,

---

[7]) a. a. O. S. 203 ff.

dürfe dieselbe nicht zurückweisen, ohne sich der Gefahr auszusetzen, durch Geldstrafe bis zu 1500 Mk. oder durch Haft bis zu 6 Monaten zur Abnahme der Druckschrift gezwungen zu werden!

Ferner: Wenn jemand eine Sache gekauft habe und vor Annahme derselben erfahre, daß sie ein Sprengstoff, giftig oder sonst gefahrdrohender Natur sei, so könne er vom Verkäufer nicht bloß zur Bezahlung, sondern auch zur Abnahme gezwungen werden.

Endlich: Eine Braut, welche das Unglück gehabt habe, am Tage vor der Hochzeit ihren Bräutigam zu verlieren, könne verklagt und durch Vollstreckungsstrafen dazu gezwungen werden, den bestellten Brautkranz nicht nur zu bezahlen, sondern auch abzunehmen.

Laband hält in allen Fällen die Folgen des Annahmeverzuges für ausreichend zur Wahrung der Interessen des Verkäufers.

Der obenerwähnte, durch Bezugnahme auf diese Ausführungen Labands mitbegründete Antrag wurde von der Mehrheit abgelehnt mit folgender Begründung[8]): Es handle sich gerade beim Kauf um eine überaus praktische Frage, die daher einer Entscheidung im Gesetz bedürfe. Eine Abnahmepflicht sei auch vom schweizer. Bundesgesetz und vom preuß. allgem. Landrecht in der Praxis anerkannt worden. „Beim Kauf werde es der mutmaßlichen Absicht der Parteien und dem Verkehrsbedürfnisse entsprechen, wenn das Gesetz die Abnahmepflicht als ein naturale negotii anerkenne. Die von Laband angeführten Beispiele seien keineswegs geeignet, eine solche Abnahmepflicht als unbillig gegen den Käufer erscheinen zu lassen. Andererseits werde dem Interesse des Verkäufers regelmäßig nur mit der Abnahmepflicht gedient sein. Die Bestimmungen über den Annahmeverzug reichten nicht aus. Eine Hinterlegung der Kaufsache werde in sehr vielen Fällen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht möglich, immer aber mit Kosten für den Verkäufer verknüpft sein. Die Verkaufsselbsthilfe sei gleichfalls mit Weiterungen, Mühe und Kosten für den Verkäufer verbunden; sie mache ihn zudem haftbar, wenn die Voraussetzungen des Selbsthilfeverkaufs (Verzug) nicht vorgelegen hätten, und führten nicht zum Ziele, wenn ein zweiter Käufer für die Sache sich nicht finde oder wenn auch der zweite Käufer die Abnahme demnächst nicht bewerkstellige. Nicht selten werde aus der Nichtabnahme dem Verkäufer ein großer Schaden erwachsen können, namentlich beim Verkaufe von Holz aus Waldungen." Eine Verpflichtung zum Abholen des Holzes sei zwar bei derartigen Verkäufen meistens in den Verkaufsbedingungen enthalten.

---

[8]) Mugdan, Mat. Bd. 2 S. 766.

Wenn dies aber nicht der Fall sei, so könne das Abfahren allerdings meistens im Wege der Polizeiverfügung durch Strafen erzwungen werden, aber dann sei es fraglich, ob der Verkäufer Ersatz des ihm durch das Liegenbleiben des Holzes entstandenen Schadens verlangen könne. Die zivilrechtliche Anerkennung der Abnahmepflicht biete ihm aber unter allen Umständen ausreichenden Schutz.

Als Ergebnis sei also festgehalten: Nach den Vorarbeiten soll eine selbständig klagbare und vollstreckbare Pflicht zur Abnahme festgesetzt werden, und zwar soll diese Pflicht ein naturale negotii sein. Im weiteren Verlaufe ist nun nachzuweisen, ob diese Ansicht der Redaktoren auch als die des Gesetzgebers im Bürgerlichen Gesetzbuch seinen Ausdruck gefunden hat. Vorher sei aber noch die übrige, auf die Vorarbeiten sich beziehende Literatur behandelt.

Im Einklang mit der zuletzt angeführten Ansicht widerlegt Sprenger[9]) die Darlegungen Labands in treffender Weise.

Die Klage auf Abnahme der verkauften Sache sei notwendig: Es müsse eine Klage geben, um dem Übelstande abzuhelfen, daß die Käufer die gekauften und bezahlten Waren aus Nachlässigkeit, oder sogar, um eigene Lagermiete zu sparen, in den Geschäftsräumen der Handeltreibenden liegen ließen.

Wenn Laband die Fälle, in denen ein Interesse an der Abnahme vorliege, als Ausnahme darstelle und sie demnach nicht unter eine gemeinsame Regel zusammengestellt wissen wolle, so sei das nicht zu billigen. Richtig sei allerdings, daß die Abnahmeverpflichtung Nebenverpflichtung sei. Damit hänge es auch zusammen, daß in 100 Fällen auf Zahlung, aber in kaum einem Falle auf Abnahme geklagt werde. Der Verkauf einer jeden körperlichen Sache bringe aber ein wenn auch noch so geringes „lokales" Interesse mit sich. Der Nachweis eines besonderen Interesses sei daher zur Klage auf Abnahme nicht nötig.

Die für die Unhaltbarkeit der Abnahmepflicht angeführten Beispiele seien aber praktisch nicht von großem Belang, sie böten nichts Absonderliches. Er führt dann im einzelnen gegen diese Beispiele folgendes aus:

Gegen das erste Beispiel: Wenn die Druckschrift dem Besteller aus irgendeinem Grunde widerlich geworden sei, so könne man sich denken, daß ihm die Tatsache, daß er zur Annahme verpflichtet sei, viel Ärger verursachen würde. Aber um ihn vor solchem zu schützen, sei das Gesetz nicht da. Einen Geldschaden habe er durch die Abnahme nicht. Auch könne er ja die Zeitung oder den

---

[9]) a. a. O. S. 592 ff.

Roman sofort nach Empfang sogar vor den Augen des Überbringers zerstören oder sie aufgeben.

Auch das zweite Beispiel entkräftet Sprenger durch den Hinweis auf das Recht des Käufers, sich der gefährlichen Sache sofort zu entledigen. Außerdem, so bemerkt er weiter, werde der Fall wohl schwerlich im täglichen Leben vorkommen. Der Verkäufer werde regelmäßig die Sache gern zurücknehmen, wenn er den Kaufpreis erhalte.

Zu diesem Falle führt Hackert[10]) mit Recht aus: Zudem werde man auf die Eigenschaft der Sache als Gift oder als Sprengstoff wohl stets aufmerksam gemacht, wenn sie nicht allgemein bekannt sei, wie bei Pulver und Benzin. Giftige Stoffe müßten fernerhin stets als solche kenntlich gemacht werden. Der Verkauf von den gefährlichsten Sprengstoffen und Giften unterliege endlich besonderen Vorschriften, durch die ein Nichtkennen ihrer gefährlichen Eigenschaften ausgeschlossen sei.

Auf das dritte Beispiel erwidert Sprenger: Hauptsächlich der Tod des Bräutigams und die durch den Kranz wachgerufene Erinnerung daran werde die Braut schmerzlich bewegen, in viel geringerem Maße die Verpflichtung, den Kranz abzunehmen. Auch dieser Fall werde schwerlich praktisch, da der Gärtner den Kranz sicherlich gern behalten werde, wenn der Käufer ihn nur bezahle.

Endlich sucht er die Unrichtigkeit der Behauptungen Labands durch folgendes Beispiel darzutun: „Ein Fabrikant hat, hauptsächlich um auf seinem Etablissement Platz zu schaffen, einem Landwirt 40 Fuder Kohlenasche für den geringen Preis von 2 Mk. verkauft. Der Landwirt läßt ihn im Stich; der Fabrikant kommt dadurch in große Verlegenheit, da der Raum vor dem Fabrikgebäude dringend zur Lagerung von anderweitigem Material benutzt werden muß. An einem weitläufigen Schadensprozesse, wodurch er gegen den empfangssäumigen Käufer möglicherweise eine erkleckliche Summe Schadensersatzgelder erstreiten kann, liegt ihm nichts, sondern ihm liegt als flottem Geschäftsmanne zunächst nur daran, daß der Fabrikbetrieb durch die unverantwortliche Nachlässigkeit des Landwirtes nicht gestört werde, und dem vermag er nur energisch entgegenzutreten, wenn die selbständige, direkt auf Abnahme der 40 Fuder Asche gerichtete Klage als zulässig schwarz auf weiß auf dem Blatte des Gesetzbuches anerkannt wird und er nötigenfalls durch solche direkte Klage schleunigst die Abräumung der Asche erzwingen kann".

Hirsch[11]) stimmt den Ausführungen Sprengers bei, sagt aber, daß das lokale Interesse des Verkäufers an der Abnahme

[10]) a. a. O. S. 38.
[11]) a. a. O. S. 289 ff.

zur Begründung des Abnahmeanspruches nicht ausreiche. Dieser müsse vielmehr „auf das allgemeine Interesse des Verkäufers, von der Pflicht weiterer Aufbewahrung und Verwahrung der Sache befreit zu werden, zurückgeführt werden".

Also schon damals tauchten die weiter unten zu besprechenden Fragen auf, welcher Natur die Abnahmepflicht, ob sie nicht überflüssig sei, da die Folgen des Annahmeverzuges ausreichten, um die Interessen des Verkäufers zu wahren, und ob zu ihrer Geltendmachung nicht der Nachweis eines Interesses an der Abnahme erforderlich sei. Daß unter diesen Umständen der Gesetzgeber seine Worte sorgfältig gewählt und die von ihm gebrauchten auf ihre Bedeutung geprüft hat, ist selbstverständlich. Daher muß der Wortlaut des Gesetzes im folgenden den Hauptbeweisgrund und die Hauptstütze für unsere Ansicht bilden.

§ 15.

b) Die rechtliche Natur der Abnahmepflicht, ihr Inhalt und ihre Tragweite.

Für die Untersuchung der Natur der Abnahmepflicht ist folgendes vorab zu bemerken: Es ist hierbei zuerst der Fall nicht in Betracht zu ziehen, daß der Käufer die Wegschaffung der gekauften Sache ausdrücklich übernommen hat; denn dann besteht eine selbständige Pflicht zur Wegschaffung aus diesem Vertrage, der ja seinem ganzen Inhalte nach zu erfüllen ist, unabhängig davon, ob das Gesetz eine Abnahmepflicht dem Käufer auferlegt. Hier soll nur der Fall in Betracht kommen, daß ein Kauf geschlossen wird, bei dem die Parteien über die Abnahme gar keine Verabredung treffen.

Ferner scheidet der Fall aus, daß der Verkäufer die Sache tatsächlich anbietet und dabei die Abnahme fordert, um Zahlung fordern zu können, welch letztere er ja nur fordern kann, wenn er erfüllt oder zur Erfüllung bereit ist. Die Abnahmepflicht soll hier selbständig, von dem Zusammenhang mit der Zahlungspflicht losgelöst, betrachtet werden. Es handelt sich also hier um den Fall, daß der Käufer den Kaufpreis bezahlt hat oder hierzu bereit ist, aber sich weigert, die Sache abzunehmen.

Wenn nun die Behauptung aufgestellt wird, es bestehe nach § 433 Abs. 2 eine „Pflicht" zur Abnahme, so kann dies zweifache Bedeutung haben. Die Gesetze legen nämlich Pflichten in doppeltem Sinne auf. Einmal, und das ist die Regel, ist der Sinn der, daß die Erfüllung dieser Pflicht durch Klage und anschließende Zwangsvollstreckung erzwungen werden kann, z. B. die Pflicht zur

Zahlung des Kaufpreises. Ein anderes Mal ist die Bedeutung des Wortes Pflicht die, daß an die Vornahme der gebotenen Handlung gewisse Vorteile oder an die Nichtvornahme rechtliche Nachteile geknüpft werden. In diesem letzteren Falle ist damit allerdings noch nicht gesagt, wie Siber[12]) richtig bemerkt, daß in allen diesen Fällen das Gesetz, der Vertragsgegner oder die sonst in Betracht kommende Person die Erfüllung dieser Pflicht wünscht oder erzwingen will. Fälle dieser letzteren uneigentlichen Pflicht, wie wir sie nennen wollen, sind z. B. im Zivilprozeßrechte die Verhandlungs-, Einlassungs- und Beweispflicht, deren Verletzung infolge Unterlassung der durch sie vorgeschriebenen Handlungen den Verlust des Rechtsstreites zur Folge hat.[13]) Als fernere Beispiele aus dem materiellen Rechte seien folgende Bestimmungen genannt: Die Pflicht zur Annahme einer geschuldeten Leistung, bei deren Nichterfüllung die Annahmeverzugsfolgen (§§ 300 ff.) eintreten. Fernerhin hat bei beiderseitigen Handelsgeschäften der Käufer nach § 377 HGB. die Pflicht, die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist, zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen. Die Folge der Unterlassung dieser Pflicht ist die Annahme der Genehmigung (§ 377 Abs. 2 HGB.). Hierhin gehört auch die Pflicht zur Präsentation und Protesterhebung im Wechselrecht, deren Verletzung lediglich rechtliche Nachteile zur Folge hat, die aber nicht erzwungen werden kann.[14])

Da die Abnahme, wie sich aus § 13[15]) ergibt, ein Teil der Annahme ist, zur Annahme aber eine uneigentliche Pflicht besteht, so ist auch eine uneigentliche Pflicht zur Abnahme bei allen Verträgen gegeben. Aber abgesehen hiervon, was ja nichts Besonderes für den Kauf bedeutet, erklärt die herrschende Meinung[16]) die Abnahmepflicht beim Kauf nach § 433 Abs. 2 für eine selbständig klagbare und vollstreckbare Rechtspflicht, eine eigentliche Pflicht im

---

[12]) a. a. O. S. 40 f.

[13]) vgl. auch Rosenberg a. a. O. S. 252, der ähnliche Ausführungen macht, und von dem die meisten Beispiele entlehnt sind.

[14]) vgl. auch Rümelin a. a. O. S. 217 f., insbesondere Siber a. a. O. S. 38 f., ferner § 18 dieser Abh.

[15]) S. 47 f. dieser Abh.

[16]) So Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. 3 S. 50; Hohenstein, Gruchots Beitr. Bd. 48 S. 716; Müller, Die Hinterlegung zur Schuldbefreiung nach dem BGB., in Iherings Jahrb. Bd. 41 S. 412 Anm. 2; Oertmann a. a. O. § 433 Anm. 3 b α; Planck a. a. O. § 433 Anm. 7 b Abs. 5; Rosenberg a. a. O. Bd. 253; Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse Bd. 38; Siber a. a. O. S. 42 f.; Siméon a. a. O. S. 341; Staudinger a. a. O. § 433 Anm. IX, 2 f.; RGZ. Bd. 53 S. 162 u. a. m.

regelmäßigen Sinne. Für diese Auslegung spricht der klare, in dieser Beziehung zu keinen Zweifeln Anlaß gebende Wortlaut des § 433 Abs. 2: „Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen". Man wird doch nicht annehmen können, daß der Gesetzgeber in ein und demselben Satze und mit ein und demselben Worte „verpflichtet" in bezug auf die Zahlung des Kaufpreises eine selbständig klagbare und vollstreckbare Pflicht dem Käufer auferlegt habe, was unbestritten ist, in bezug auf die Abnahme aber eine uneigentliche Pflicht, die nicht erzwungen werden könne und deren Verletzung lediglich rechtliche Nachteile brächte. Wenn das der Fall wäre, dann könnte dem Gesetzgeber der Vorwurf der Unklarheit und Undeutlichkeit nicht erspart werden. Es ist aber der Wille des Gesetzgebers, der hier in dieser von ihm gewollten Form seinen Ausdruck gefunden hat, und der Gesetzgeber war sich der Tragweite dieser Form in bezug auf die Natur der Abnahmepflicht voll bewußt. Das ergibt sich aus den Motiven und Protokollen,[17]) in welch letzteren die Gegner der Festsetzung einer Abnahmefrist die Bedeutung des § 459 Abs. 2 des Entwurfs, der dem § 433 Abs. 2 BGB. entspricht, ausdrücklich dahin auslegen, daß durch ihn eine selbständig klagbare und vollstreckbare Pflicht zur Abnahme festgesetzt würde. Die Mehrheit hat diese Ansicht offenbar geteilt; das geht einerseits aus ihren gesamten Ausführungen, andererseits aus der Tatsache hervor, daß sie dieser Ansicht nicht widerspricht. Wenn aber das Bürgerliche Gesetzbuch dem Käufer eine selbständig klagbare und vollstreckbare Abnahmepflicht auferlegt, dann ist der Käufer in bezug auf die Abnahme Schuldner, der Verkäufer Gläubiger, die Abnahmepflicht eine Schuldnerpflicht, die Abnahme eine Leistung (§ 241) und der Verzug mit der Abnahme Schuldnerverzug.

Der Inhalt und die Tragweite der Abnahmepflicht, die sich aus dem Begriffe der Abnahme ergeben, sind, wie Jakobi[18]) treffend ausführt, des näheren die, „daß der Käufer, der nicht abnimmt, Handlungen irgendwelcher Art vornehmen muß, die geeignet sind, den Verkäufer von dem Besitze der Sache zu befreien, sei es, daß der Käufer die Sache an sich nimmt, oder etwas anderes veranlaßt. Hiernach kann der Gläubiger Hinterlegung nach § 887 ZPO. betreiben, auch bezüglich solcher Sachen, die sich sonst nicht zur Hinterlegung eignen". Der Verkäufer ist ferner dadurch gesichert, daß die Hinterlegung, wenn die hinterlegte Sache die in einem vorher erstrittenen Urteil angegebenen Eigenschaften

[17]) Mugdan, Mat. Bd. 2 S. 176, 766; vgl. auch § 14 S. 50 f. dieser Abh.
[18]) a. a. O. S. 273 f.

und sonst keine Mängel hat, befreiend wirkt. Vor allem kann er aber im Falle zu vertretender[19]) Nichtannahme durch den Käufer vollen Schadensersatz fordern.

In den folgenden Paragraphen sind nun die hier berührten Fragen unter Widerlegung der entgegengesetzten Ansichten des näheren zu erörtern.

c) Besprechung der entgegenstehenden Ansichten.

§ 16.

α) Die Abnahmepflicht ist nicht überflüssig.

Wie oben in § 9[20]) gezeigt, wollte der Gesetzgeber dem Verkäufer ein Mittel in die Hand geben, durch das dieser der Schädigung seiner Interessen, die durch das Liegenbleiben der verkauften Sache verursacht wird, abhelfen könnte. Er hat dies dadurch getan, daß er die Abnahmepflicht festsetzte, d. h. dem Käufer die Pflicht auferlegte, dem Verkäufer die Sache hinwegzunehmen, sie ihm vom Halse zu schaffen. Es ist dies aber auch das einzige Mittel, das in allen Fällen ausreichende Abhilfe schafft.

Es wird nun der Einwand erhoben,[21]) die Abnahmepflicht sei überflüssig, das Gesetz wolle eine solche nicht, da die Folgen des Annahmeverzuges zur Wahrung der Interessen des Verkäufers ausreichten. Dem ist jedoch nicht so, und es ist daher auch eine Reihe namhafter Schriftsteller[22]) dieser Ansicht entgegengetreten und hat den Beweis erbracht, daß die Folgen des Annahmeverzuges nicht ausreichen, da sie nicht unter allen Umständen dem Verkäufer die Möglichkeit bieten, sich der Sache zu entledigen und sich so jeden Schadens, der ihn durch ihre Innehabung treffen kann, zu entschlagen.

Die Folgen des Annahmeverzuges sind die in § 5[23]) dargelegten. Der Verkäufer kann in erster Linie nach den Bestimmungen über den Annahmeverzug „Ersatz der Mehraufwendungen verlangen, die er für das erfolglose Angebot sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes machen

---

[19]) So muß es nämlich heißen statt „schuldhafter" Nichtannahme. Die Fälle des Vertretenmüssens und die des Verschuldens fallen nicht zusammen wie in § 33 S. 113 dieser Abh. auszuführen ist, und der Schuldnerverzug muß nach BGB. auf einem zu vertretenden Umstande, nicht auf Verschulden beruhen.

[20]) S. 31 f. dieser Abh.

[21]) So für die Vorarbeiten: Laband a. a. O. S. 307 und für das BGB.: Romeick a. a. O. S. 61.

[22]) So Jakobi a. a. O. S. 265 f.; Kohler, Lehrb. Bd. 2 S. 201 f.; Rosenberg S. 245 f.; Sprenger S. 600 f. Ebenso auch die Prot. (Mugdan, Mat. Bd. 2 S. 766); vgl. § 14 S. 50 ff. dieser Abh.

[23]) S. 12 f. dieser Abh.

mußte" (§ 304). Wie aber, wenn der Betrag der Mehraufwendungen durch die Länge der Zeit, die der Verkäufer die Sache aufbewahrt hat, den Wert des Gegenstandes übersteigt und der Käufer inzwischen zahlungsunfähig geworden ist? Dann ist dieses Recht hinfällig, es nützt dem Verkäufer nichts. Er hätte dann, wenn es für den Käufer keine Abnahmepflicht gäbe, diese Kosten fortwährend zu tragen ohne Aussicht, sie je ersetzt zu bekommen, und würde sich beständig mit der verkauften und geschuldeten Sache herumschleppen müssen, ohne daran denken zu können, daß er sie je los würde.

Aber nicht genug, daß er sich nicht mit Sicherheit von der Schuld befreien könnte, er wäre auch vor künftigem, durch die nicht abgenommene Sache verursachtem Schaden nicht sicher. Jakobi[24]) gibt hierfür folgendes Beispiel: Der Käufer eines Pferdes nimmt das Tier dem Pferdehändler nicht ab. Dieser stellt es in seinem Stalle unter. Das Pferd schlägt oder beißt den Knecht des Händlers. Oder aber das Pferd ist, als es zum Käufer hingeführt oder von dort zum Stalle des Pferdehändlers gebracht wurde, durch Gegenden gekommen, in denen eine ansteckende Pferdekrankheit herrschte. Es schleppt nun diese Krankheit in den Stall des Händlers ein, dessen Pferdebestand durch die Seuche stark gelichtet wird. Aber auch die Pferde, die nicht eingehen oder erkranken, sind infolge der vorgeschriebenen Schutzmaßregeln für längere Zeit weder zu verkaufen noch sonst zu verwerten. In diesem Falle kann der Händler gemäß § 304 zwar die Kosten der „Aufbewahrung und Erhaltung", nicht aber Ersatz des durch das Beißen, Treten oder Einschleppen der Seuche entstandenen Schadens verlangen.[25]) Aber selbst in den Fällen, daß der nach den Bestimmungen über den Annahmeverzug zu erlangende Schadensersatz auch wirklich ein Ersatz des gesamten erlittenen Schadens ist, werden diese Bestimmungen den Interessen des Verkäufers nicht gerecht, und man darf sogar sagen, selbst wenn allgemein jeder durch den Annahmeverzug entstandene Schaden ersetzt werden müßte, würden diese Bestimmungen nicht zur Wahrung der Interessen des Verkäufers ausreichen. Der Verkäufer hat in den weitaus meisten Fällen ein Interesse daran, daß er die verkaufte Sache los wird, wenn er auch keinen Schaden durch ihr Liegenbleiben hat. Es kann ihm nicht zugemutet werden, sich ständig mit dieser Sache herumzuschleppen, auf sie achten und

---

[24]) a. a. O. S. 266.

[25]) Durch dieses Beispiel dürften auch die Ausführungen Lippmanns (a. a. O. S. 801) als widerlegt zu betrachten sein, die dahin gehen, daß die Schadensersatzpflicht aus § 304 zu demselben Ergebnisse führe, wie eine allgemeine Schadensersatzpflicht.

für sie sorgen zu müssen, auch wenn ihm seine Aufwendungen ersetzt werden. Es entspricht nicht der Billigkeit, daß jemand zu einer Tätigkeit gezwungen wird, wenn er auch hierfür Bezahlung erhält. Auch sind sehr wohl Fälle denkbar, in denen dem Verkäufer an einem Schadensersatzanspruch wenig und erst in zweiter Linie etwas liegt, in denen er vielmehr in erster Linie die Sache los sein will. Z. B. in dem von Sprenger[26]) gebrachten Beispiele liegt dem Fabrikanten lediglich daran, die Asche los zu werden, er will als tüchtiger und flotter Geschäftsmann in erster Linie den Betrieb aufrechterhalten. In dieser Hinsicht läßt sich auch der von Oberloskamp[27]) gebrachte Fall verwerten, daß durch die vom Käufer nicht abgenommene Ware den neubestellten Waren der Lagerraum vorenthalten und so der Verkäufer verhindert wird, sich mit neuen der Mode oder der Jahreszeit entsprechenden Vorräten zu versehen. Auch wäre z. B. der Fall doch immerhin denkbar, daß jemand ein gefährliches Tier für einen anderen auf dessen Bestellung hin kommen ließe, und der ängstliche Verkäufer hinterher, wenn der Käufer es nicht abnähme, sich wochenlang mit diesem Tier beschäftigen müßte, das er überhaupt nicht oder doch nur ganz vorübergehend bei sich zu beherbergen beabsichtigt hatte. Für all seine Sorge und Angst würde er schwerlich selbst bei einem allgemeinen Schadensersatzanspruche für den Fall des Annahmeverzuges eine entsprechende Entschädigung erhalten, da er ja durch sie keinen Vermögensschaden erlitten hat, er würde aber auch gegen eine noch so hohe Summe die Angst und Sorge nicht auf sich nehmen wollen. Es geht ihm lediglich darum, das Tier los zu sein.

Als erstes Mittel, sich der Sache zu entledigen, steht dem Verkäufer nun nach den Bestimmungen über den Annahmeverzug die Hinterlegung zu. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist aber nun der Kreis der hinterlegungsfähigen Sachen sehr eng gezogen, es sind Geld, Wertpapiere, sonstige Urkunden und Kostbarkeiten (§ 372). Daher ist die Hinterlegung aus rechtlichen Gründen in sehr vielen Fällen nicht möglich. Allerdings ist für den Handelskauf, der ja meistens vorliegt, der Kreis der hinterlegungsfähigen Sachen bedeutend erweitert, indem § 373 HGB. alle Waren für hinterlegungsfähig erklärt. Aber auch in den Fällen des Handelskaufes hat die Hinterlegung sehr oft ihre Schranken tatsächlicher Natur, und das vielfach gerade in den Fällen, in denen das Bedürfnis, sich der Sache zu entledigen, am allerdringendsten ist, z. B.[28]) wenn es sich um gefährliche Tiere, Sprengstoffe, Sachen,

[26]) a. a. O. S. 601, auf S. 54 dieser Abh. angeführt.
[27]) a. a. O. S. 9.
[28]) Auf die drei ersten Beispiele weist Kohler (Lehrb. Bd. 2 S. 202) hin.

die einen großen Raum einnehmen, wie die Asche in dem von Sprenger[29]) angeführten Beispiele, oder um solche Sachen handelt, die schnell verderben, wie z. B. große Mengen Fische, die, zumal im Sommer, schnell in Verwesung übergehen. Aber selbst, wenn die Hinterlegung möglich ist, so ist sie doch immerhin mit ziemlich erheblichen Kosten verknüpft, die der Verkäufer für den säumigen Käufer auslegen muß. Abgesehen endlich von alledem haftet der Verkäufer nach wie vor für grobe Fahrlässigkeit. Er hat für den Fall des Unterganges der Sache den Nachweis zu führen, daß Annahmeverzug vorlag und der Untergang nicht die Folge einer groben Fahrlässigkeit seinerseits ist (§§ 300, 282). Dabei ist er nicht sicher, wie Jakobi[30]) richtig bemerkt, daß der Richter nicht später das für grobe Fahrlässigkeit ansieht, was der Verkäufer dem säumigen Käufer gegenüber für erlaubt und zulässig gehalten hat.

Freilich wird in vielen Fällen, in denen die Hinterlegung nicht möglich ist oder zur Wahrung der Interessen des Verkäufers nicht ausreicht, der Selbsthilfeverkauf Abhilfe bringen. Wenn aber schon die Hinterlegung mit Mühen, Umständen, Kosten und Gefahr für den Verkäufer verknüpft ist und ihre Schranken hat, so ist dies noch in viel höherem Maße bei dem Selbsthilfeverkauf der Fall. Ähnlich wie die Hinterlegung hat auch er vielfach gerade in den dringendsten Fällen seine größten Schwierigkeiten, die ihn des öfteren unmöglich machen, wie z. B. in den oben bei der Besprechung der Schranken der Hinterlegung angeführten Fällen, daß es sich um gefährliche Tiere, Sprengstoffe, einen großen Raum beanspruchende, schnell verderbende oder, worauf Rosenberg[31]) verweist, um solche Sachen handelt, die keinen allgemeinen Verkehrswert haben oder die im Preise derart zurückgegangen sind, daß sie zurzeit unverkäuflich sind. Keinen allgemeinen Verkehrswert haben z. B. solche Sachen, die den Bedürfnissen nur einer bestimmten Person zu dienen bestimmt und nur diesen zu entsprechen geeignet sind, wie z. B. Drucksachen für eine bestimmte Gelegenheit, Porzellangeschirr mit Namenszug des Käufers.

Des weiteren erfordert aber auch der Selbsthilfeverkauf eine peinliche Beobachtung der hierfür geltenden Formvorschriften. Nach einem solchen Verkaufe wird — es ist das eine in Handelskreisen allgemein bekannte Tatsache — das gesamte bei dem Verkaufe beobachtete Verfahren auf das kleinlichste und peinlichste untersucht, man bestreitet die Befugnis der Versteigerungsorgane, die Ordnungsmäßigkeit der Anzeigen und Ankündigungen usw. Ist eine dieser

[29]) a. a. O. S. 601, auf S. 54 dieser Abh. angeführt.
[30]) a. a. O. S. 226.
[31]) a. a. O. S. 254.

Vorschriften verletzt, so weist der säumige Käufer den Selbsthilfeverkauf als nicht für seine Rechnung geschehen zurück.[32])

Ferner bleibt der Verkäufer auch nach ordnungsmäßig geschehenem Selbsthilfeverkauf in derselben üblen Lage, wenn auch derjenige, der die Sache beim Selbsthilfeverkauf erstanden hat, dieselbe nicht abnimmt.[33]) Auch der Selbsthilfeverkauf ist also nach alledem kein sicheres und endgültige Abhilfe schaffendes Mittel.

Bei Grundstücken endlich kann der Verkäufer den Besitz aufgeben, aber er hat, wie Jakobi[34]) richtig bemerkt, für den Fall, daß dasselbe nach der Preisgabe verwüstet wird, dem Käufer gegenüber den Beweis zu liefern, daß Annahmeverzug vorgelegen hat. Ferner kann er auch nur den Besitz, nicht das Eigentum aufgeben; die auf dem Grundstück ruhenden Lasten und Steuern muß er also weiter tragen.

Aus all diesen Ausführungen geht offensichtlich hervor, daß in vielen Fällen dem Verkäufer mit den Bestimmungen über den Annahmeverzug nicht geholfen ist. Er muß eine schneidigere, nie versagende Waffe gegen den nicht abnehmenden Käufer haben, und diese gibt ihm das Gesetz dadurch in die Hand, daß es den Käufer zur Abnahme verpflichtet. Die Abnahme hat, wenn sie an Stelle des säumigen Käufers von einem Dritten vorgenommen wird,[35]) vor der Hinterlegung und dem Selbsthilfeverkauf meist auch den Vorzug der größeren Billigkeit.

§ 17.

β) Die Abnahmepflicht ist eine eigentliche, erzwingbare Rechtspflicht.

Das Bestehen einer gemeinen, erzwingbaren Pflicht wird hauptsächlich von zwei Schriftstellern geleugnet, von Kohler und Romeick.

Kohler, der schon im gemeinen Rechte die Pflicht zur Abnahme bestritt,[36]) tut dasselbe auch für das Bürgerliche Gesetzbuch, trotz des § 433 Abs. 2.[37]) Er sagt, die Abnahmepflicht als

---

[32]) Darauf weisen auch Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. 3 S. 109 f. hin.

[33]) Hierauf verweisen auch die Prot. (Mugdan, Mat. Bd. 2 S. 766, bei uns auf S. 52 f. angeführt), die überhaupt fast alle oben ausgeführten Gesichtspunkte berühren.

[34]) a. a. O. S. 267.

[35]) Was ja geschehen kann, da, wie oben (§ 12 dieser Abh.) gezeigt, die Abnahme eine vertretbare Handlung ist.

[36]) Jherings Jahrb. Bd. 17 S. 261 f.

[37]) Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 149, Lehrb. Bd. 2 S. 202; gegen seine Ausführungen im Arch. f. bürgerl. R. wenden sich in unserem Sinne: Bretzfelder a. a. O. S. 22 ff.; Dernburg a. a. O. Bd. 2,2 S. 35 Anm. 1; Jakobi a. a. O. S. 257, teilweise mit Kohler übereinstimmend; Müller a. a. O. S. 412

erzwingbare Pflicht verstoße gegen das Wesen der Obligation; der Käufer brauche sich die Leistung nicht aufdrängen zu lassen. Kohler erklärt daher auch die Abnahmepflicht für eine uneigentliche Pflicht,[38]) wenn er sagt[39]): „Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht von einer Verpflichtung zur Abnahme (§§ 433, 640), das ist ein ungenauer, sachwidriger Ausdruck: Der Gläubiger ist nicht verpflichtet, sondern er ist nur dazu gehalten, bei Vermeidung der angegebenen nachteiligen Folgen".

Wenn Kohler an anderer Stelle[40]) einen Hinweis auf die Vorarbeiten, aus denen sich der seiner Ansicht entgegengesetzte Wille des Gesetzgebers schließen läßt, schroff mit den Worten ablehnt: „Der Gesetzgeber hat nur durch das Gesetzeswort gesprochen", so hat er u. E. damit über seine obige Ausführung selbst das Urteil gesprochen. Wie sollte sich das Gesetz deutlicher ausdrücken, um eine Abnahmepflicht aufzuerlegen? Was gibt Kohler das Recht, bei dem klaren, unzweideutigen Wortlaut dieser Bestimmung einen derartigen Sinn darin zu suchen, zu dessen Begründung er die Worte des Gesetzes als ungenau und sachwidrig bezeichnen muß? Wenn der Gesetzgeber durch dasselbe Wort „verpflichtet" in demselben Satze dem Käufer die Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises und zur Abnahme auferlegt, so kann er doch u. E. unmöglich die erste Verpflichtung als eine selbständig klagbare, als eine eigentliche Pflicht, die Verpflichtung zur Abnahme, aber als eine uneigentliche gewollt haben. Fernerhin, wenn die Abnahmepflicht eine uneigentliche Pflicht, eine Gläubigerpflicht wäre, so wäre § 433 Abs. 2, soweit er die Abnahmepflicht festsetzt, überflüssig. Der Gläubiger ist nämlich als solcher zur Annahme durch eine uneigentliche Pflicht gehalten, indem die §§ 293 ff. die Annahmeverzugsfolgen für den Fall der Verzögerung oder Verweigerung der Annahme androhen. Nun ist aber in den Fällen der Nichtabnahme stets auch eine Nichtannahme gegeben. Die in § 12 auf S. 47 f. genannten Fälle der Annahme ohne Abnahme kommen hier nicht in Betracht, da in diesen ein Verzicht auf die Abnahme vorliegt oder dieselbe nicht möglich ist, weil der Käufer die Sache schon im Besitze hat. Die Abnahme ist nämlich ein Teil der Annahme, folglich besteht auch eine uneigentliche Pflicht zur Abnahme.[41])

Anm. 2; Oertmann a. a. O. § 433 Anm. 3 b α; Planck a. a. O. S. 433 Anm. 7 b, insbesondere Rosenberg a. a. O. S. 246; Striebinger a. a. O. S. 28 f. und das Reichsgericht in RGZ. Bd. 53 S. 162.

[38]) vgl. § 15 S. 55 f. dieser Abh.

[39]) Lehrb. Bd. 2 S. 202.

[40]) Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 175.

[41]) vgl. auch unsere Ausführungen oben in § 15 dieser Abh.

Die Bedeutung des § 433 Abs. 2 ist nun nach Kohler[42]) die, daß, da den Gläubiger überhaupt keine Pflicht treffen könne, „mit Rücksicht auf den individuellen Fall, ein Erfüllungssurrogat, das nicht im Kreise der allgemeinen gesetzlichen Mittel liege, als genügend erklärt werden könne, um den Verkäufer zu befreien. Es könne auch, wenn der Verkäufer aus Rücksicht des individuellen Falles in der einen oder anderen, nicht innerhalb des Gesetzes liegenden Weise mit der Sache schon verfahren sei, nachträglich festgesetzt werden, daß mit Rücksicht auf den außerordentlichen Fall seine Verpflichtung erloschen sei, weil, wenn der Gläubiger angenommen hätte, der Schuldner nicht in diese Fatalität gekommen wäre; hierbei könne man sich auf die Grundsätze der Geschäftsführung berufen". Kohler hält an dieser Auffassung anscheinend auch neuerdings in seinem Lehrbuche[43]) fest, wenn er dort ausführt: „Der Gläubiger ist gehalten, den Gegenstand abzunehmen, d. h. dem Schuldner vom Halse zu schaffen, in der Art, daß, wenn er es nicht tut, der Schuldner den Gegenstand nach erfolgter tunlicher Androhung in irgendeiner Weise wegschaffen darf und kann, natürlich auf Kosten des Gläubigers".

Jakobi[44]) weist Kohler das Unbefriedigende seiner Darlegungen nach, indem er ausführt: Sie würden den Interessen des Verkäufers keineswegs gerecht. Nach Eintritt des Annahmeverzuges müßte dann der Verkäufer, soweit es an ihm liege, übergeben. Wenn aber nun der Annahmeverzug deshalb gegeben sei, weil der Käufer zwar annehme, aber nicht zahlen wolle, so behalte der Verkäufer die Sache natürlich zurück, und sein Recht, die Sache dem Käufer ins Haus zu schicken, könne ihm hier nichts helfen. Ob denn in diesem Falle, wenn ihm hieraus ein Schaden entstehe, der Käufer nicht ersatzpflichtig sein solle! Wenn ferner der Verkäufer dem Käufer die Sache auf die Schwelle lege oder legen lasse, und die Sache dort ohne Schuld des Verkäufers untergehe, so würde der Verkäufer schließlich auch nur dann frei, wenn er nachwiese, daß die zugrunde gegangene Sache allen Anforderungen genügt hätte, die der Käufer an sie zu stellen berechtigt gewesen sei. Endlich versage die Abnahmepflicht im Sinne Kohlers dann vollständig, wenn der Käufer keinen bekannten Wohnsitz habe, z. B. unbekannt wohin verzogen sei.

Dem ist noch hinzuzufügen, daß die gesamten Ausführungen Kohlers, die obigen sowohl wie die weiter unten gebrachten, verständlicher werden und u. E. sich als unrichtig und unhaltbar

---

[42]) Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 241; vgl. auch unsere Ausführungen in § 30 dieser Abh.

[43]) Bd. 2 S. 202.

[44]) a. a. O. S. 269 f.

erweisen, wenn man sich klar macht, daß Kohler nicht scharf unterscheidet zwischen Abnahme und einer Verpflichtung hierzu einerseits und Annahme und der (uneigentlichen) Pflicht dazu andererseits.[45]) Eine klagbare Pflicht zur Annahme würde gegen das Wesen des Schuldverhältnisses verstoßen, weil dann dem Gläubiger die Leistung aufgedrängt würde. Von einem Aufdrängen kann aber bei der Abnahmepflicht nicht die Rede sein, da der Käufer die Abnahme als eine vertretbare Handlung[46]) durch jeden beliebigen Dritten vornehmen lassen kann und die Sache daher nicht an sich zu nehmen braucht. Aus der Vermischung der Begriffe Abnahme und Annahme erklärt sich auch die Bedeutung, die Kohler der Abnahme zulegt, die ja doch, wie oben[47]) gezeigt, ein rein körperlicher Vorgang ist. Teilweise würde man seinen Ausführungen beitreten können, wenn Abnahme gleichbedeutend mit Annahme als Erfüllung wäre.

Auch Romeick sucht die Abnahmepflicht als eine uneigentliche, eine Gläubigerpflicht darzustellen. Seine Darlegungen, welche durch die gegen Kohlers Ansicht angeführten Beweisgründe zum großen Teile als widerlegt zu betrachten sind, gipfeln darin, daß die Abnahme keine Leistung sei.[48]) Sie seien daher bei der Besprechung dieser Frage in § 19 des näheren geprüft.

§ 18.

γ) Der Käufer kann sich nicht durch einen Verzicht auf den Leistungsgegenstand der Abnahmepflicht entziehen. Frage der Verkoppelung zweier Rechtsgeschäfte.

Es entspricht der Auffassung Kohlers von der Natur der Abnahmepflicht und der im § 17 dieser Abhandlung angedeuteten Vermischung der Begriffe Abnahme und Annahme[49]) durch ihn, wenn er[50]) im Einklang mit Siméon[51]) erklärt, der Käufer könne sich durch den Verzicht auf den Leistungsgegenstand der Abnahme entziehen. Kohler begründet das folgendermaßen: Der Verkäufer habe wie jeder Schuldner ein Anrecht auf volle Befreiung, sowohl bezüglich der Verbindlichkeit als auch bezüglich der Rechte an dem zu liefernden Gegenstande. Wenn daher der Käufer den Kaufpreis bezahle, auf alle Rechte an dem gekauften Gegenstande verzichte und alle Verbindlichkeiten des Verkäufers

[45]) Hierauf weist auch Rosenberg a. a. O. S. 247 hin.
[46]) vgl. § 12 dieser Abh.
[47]) §§ 9—11 dieser Abh.
[48]) a. a. O. S. 58 ff.
[49]) Das deutet auch Rosenberg a. a. O. S. 247 an.
[50]) Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 176 ff.
[51]) a. a. O. S. 342 ohne nähere Begründung.

für erfüllt, erloschen erkläre, so sei das sein gutes Recht als Gläubiger; er dürfe das tun und so die Abnahme gegenstandslos machen, sich der Abnahmepflicht entziehen. Dem ist u. E. nicht zuzustimmen.[52]) Mit einer solchen Befreiung von der Verbindlichkeit und den Rechten des Käufers bezüglich der gekauften Sache ist dem Interesse des Verkäufers, der die Sache zur Lieferung an den Käufer möglicherweise erst angeschafft hat und sie später vielleicht überhaupt nicht oder nur schwer los werden kann, bis dahin aber Mühe, Kosten und Gefahren übernehmen muß, nicht völlig gedient, wie Jakobi[53]) bemerkt. Durch einen Verzicht des Käufers wird der Verkäufer zwar von seiner Verbindlichkeit dem Käufer gegenüber befreit, nicht aber von der Last der Aufbewahrung der Sache. Der Zweck der Vorschrift des § 433 Abs. 2, soweit sie sich auf die Abnahme bezieht, ist aber nun eben der, dem Verkäufer ein Mittel in die Hand zu geben, sich der verkauften Sache mit Sicherheit zu entledigen, sie los zu werden.[54]) Könnte man sich der Abnahmepflicht durch Verzicht auf den Leistungsgegenstand entziehen, so würde, wie Rosenberg[55]) sagt, der § 433 Abs. 2 „eine große Bosheit des Rechts" oder gleichsam eine fata morgana sein: dem nach Befreiung von der Last der Aufbewahrung der verkauften Sache verlangenden Verkäufer würde ein Mittel gezeigt, sich der Sache zu entledigen, in Gestalt einer Klage auf Abnahme. In den Fällen aber, in denen er von diesem Mittel Gebrauch machen wollte, würde dann der Käufer meist verzichten, wenn ihm die Abnahme auch lästig wäre, und so das Mittel hinfällig machen. Die Stellung des Verkäufers würde unter diesen Umständen lebhaft an die des Tantalus erinnern. Zur Veranschaulichung der Unhaltbarkeit der Annahme, daß man durch Verzicht auf den Leistungsgegenstand sich der Abnahmepflicht entziehen könne, führt Rosenberg[56]) folgendes Beispiel an: Eine Zuckerfabrik verkauft ihre Schnitzel an die Landwirte der Umgegend. Würden die Landwirte auf die Schnitzel verzichten und sie nicht abnehmen, so würde die Fabrik ihren Betrieb einstellen müssen. In diesem Sinne läßt sich auch das Sprengersche[57]) Beispiel verwerten. Verzichtet der Käufer auf die Asche und nimmt er sie nicht ab, so stockt der gesamte Fabrikbetrieb.

---

[52]) Ebenso ausdrücklich: Jakobi a. a. O. S. 273 Anm. 2 (vgl. aber § 20, S. 79 f. dieser Abh.); das Reichsgericht in RGZ. Bd. 53 S. 162; Planck a. a. O. § 433 Anm. 7 b; Rosenberg a. a. O. S. 247 ff., insbesondere S. 249; Staub a. a. O. S. 2, Exkurs vor § 373 Anm. 68.

[53]) a. a. O. Bd. 273 Anm. 2.

[54]) vgl. §§ 9 u. 16 dieser Abh.

[55]) a. a. O. S. 250.

[56]) a. a. O. S. 249.

[57]) a. a. O. S. 601, von uns auf S. 54 angeführt.

Kohler nimmt allerdings eine klagbare Verpflichtung und dementsprechend die Unzulässigkeit eines Verzichtes dann an, wenn ähnliche Fälle vorliegen wie der in l. 9 D. 19,1[58]) besprochene, aber nicht auf Grund des § 433 Abs. 2, sondern weil dann zwei Geschäfte miteinander verkoppelt seien, ein Kaufvertrag und ein Werkvertrag, der auf Wegschaffen der gekauften Sache gehe. Die von seiten des Werkbestellers zu entrichtende Vergütung liege in der Herabsetzung des Kaufpreises.[59])

In tatsächlicher Beziehung ist zuzugeben, daß vielfach derartige Fälle vorliegen werden, wenn auf Abnahme geklagt wird. Aber nicht immer ist dies der Fall. Außerdem kann aber auch ein solches gemischtes Geschäft doch immer nur dann angenommen werden, wenn, wie Rosenberg[60]) richtig ausführt, der Verkäufer zur Zeit des Kaufabschlusses ein Interesse an der Wegschaffung hatte oder zum mindesten ein solches damals vorhanden war und der Käufer um dieses Interesse wußte. War es jedoch zwar vorhanden oder für die Zukunft voraussehbar, trat es aber nicht in einer für den Käufer erkennbaren Weise hervor, so kann doch von einer Verkoppelung zweier Geschäfte, insbesondere von einem Werkvertrage auf Wegschaffen der Sache nicht die Rede sein. Dasselbe gilt erst recht für den Fall, daß das Interesse erst nach Abschluß des Vertrages entstanden ist und der Verkäufer es beim Abschlusse nicht vorausgesehen hat. In allen diesen Fällen fehlt es an einer Einigung in bezug auf den Werkvertrag, in dem letzten Falle denkt noch nicht einmal einer der Vertragsschließenden daran. Unter diesen Umständen würde nach Kohlers Begründung der Abnahmepflicht eine Klage auf Abnahme nicht gegegeben sein, selbst wenn der Verkäufer das denkbar größte Interesse an der Abnahme hätte. Kohlers Darlegungen in dieser Beziehung befriedigen daher nicht, da die von ihm aufgebaute Abnahmepflicht in vielen wichtigen Fällen vollständig versagt. Ferner weist Rosenthal[61]) darauf hin, daß in den Fällen, in denen Kohler eine Abnahmepflicht als gegeben zugesteht, der Verkäufer nach dessen Begründung dieser Pflicht den besonderen Werkvertrag auf Hinwegschaffung der Sache zu begründen und zu beweisen hätte, während § 433 Abs. 2 ihn dieser Beweislast enthebt.

Endlich sei bezüglich der Frage der Zulässigkeit eines Verzichts auf die Kaufsache und dadurch auch mittelbar eines Verzichtes auf die Abnahme noch bemerkt: Die Abnahmepflicht ist eine selb-

---

[58]) Von uns auf S. 1 angeführt.

[59]) Diese Ansicht vertritt Kohler (Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 276 f.) auch für das gemeine Recht; vgl. S. 4 dieser Abh.

[60]) a. a. O. S. 250.

[61]) a. a. O. S. 250.

ständig klagbare und vollstreckbare eigentliche Rechtspflicht.[62]) Nun kann man wohl auf Rechte verzichten, nicht aber auch auf derartige Pflichten, auch nicht mittelbar durch den Verzicht auf ein Recht. Das Wesen einer jeden eigentlichen Rechtspflicht ist eben der Zwang. Kann man diesen aber durch einen Verzicht beseitigen, so ist es kein Zwang mehr, da sein Bestehen oder Nichtbestehen in die Willkür des Verpflichteten, Gezwungenen gestellt ist.

Es erübrigt noch, auf die Beispiele Kohlers einzugehen, durch die er, ähnlich wie Laband,[63]) das Unhaltbare einer Abnahmepflicht, der man sich durch Verzicht auf den Leistungsgegenstand nicht entziehen könne, nachzuweisen versucht. Seine Beispiele sind folgende[64]):

„Ich gewinne in einer landwirtschaftlichen Lotterie eine Kuh. Im allgemeinen wird man sagen können, daß ich auf die Kuh verzichten und mich damit der Unbequemlichkeit entziehen kann, mit dieser Kuh in den Straßen Berlins herumzuwandeln und eine Unterkunft zu suchen. Man denke aber, daß nachträglich die Kuh sich als krank erweist. Hier könnte ich zur Annahme gezwungen werden, und ich müßte dann sehen, wie ich mich in der Großstadt mit dem bedenklichen Ungetüm abfände, und darüber nachdenken, daß es nicht allenthalben gut ist, etwas zu gewinnen, und daß ich mich das nächste Mal hüten muß, der Dame, die mir das Lotterielos anempfohlen hat, aus lauter Liebenswürdigkeit das Los abzunehmen; oder mindestens werde ich es nachträglich verbergen oder vernichten, damit mich niemand an meiner unglücklichen Gläubigerqualität fassen kann".

Dieses Beispiel beweist nichts. Rosenberg[65]) führt in dieser Beziehung des näheren aus: Wer in einer landwirtschaftlichen Lotterie spiele, habe es zu erwarten, daß er ein derartiges „bedenkliches Ungetüm" gewinne; denn doch des Gewinnes wegen würden die Lose im allgemeinen gekauft. Die Tatsache, daß der Gewinner aus lauter Liebenswürdigkeit das Los einer Dame abgenommen habe, könne ihn doch nicht den Folgen seiner Handlungsweise entziehen. Außerdem habe der Lotterieausschuß meist ein größeres Interesse an der Abnahme als der Gewinner an der Nichtabnahme. Dem letzteren werde es überdies selbst in einer Großstadt wohl nicht schwer fallen, die Kuh los zu werden.

Dem ist u. E. zuzustimmen und des weiteren zu bemerken:

---

[62]) vgl. § 15 dieser Abh.

[63]) a. a. O. S. 302ff.; vgl. dazu § 14 S. 51 f. dieser Abh.

[64]) Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 176, der aus diesen Beispielen hergeleiteten Folgerung der Zulässigkeit eines Verzichtes stimmt Jakobi a. a. O. S. 268 f. in gewisser Beziehung zu; vgl. des näheren § 20 dieser Abh.

[65]) a. a. O. Bd. 248.

Der Gewinner braucht doch auch nicht selbst mit dieser Kuh in den Straßen Berlins herumzuwandeln. Die Abnahme ist eine vertretbare Handlung,[66]) und in Berlin finden sich wie überall gegen Entgelt Leute genug, die die Kuh abholen und zum Markte, zum Schlachthof, zu einem Metzger oder Viehhändler oder endlich, wenn die Kuh krank ist, zum Abdecker führen. Auch Käufer wird er in Fülle finden, wenn er die Kuh nur billig verkaufen will. Wenn ihm dieses Verfahren zu langwierig ist, so kann er sie ja schließlich an Ort und Stelle verschenken. An Leuten, die sich eine Kuh schenken lassen, wird es wohl nie fehlen. Außerdem wird der Gewinner nicht an seiner Gläubiger- sondern an seiner Schuldnereigenschaft gefaßt.[67])

Als weitere Beispiele[68]) führt Kohler an: „Darnach kann niemand Asket werden, ehe er seinen verschiedenen Schuldnern ihre Artikel abgenommen hat; und der Temperenzler muß das Fuder Wein annehmen, der zum Christentum bekehrte Heide seine Götzenbilder, die zur Heilsarmee übergetretene Dirne ihr Dirnengewand; der Vicar of Wakefield muß das Bild akzeptieren, auch wenn es in seinem Hause nicht aufgehängt werden kann; schließlich muß der abgedankte Minister noch seine eben bestellte Galauniform sich ins Haus schicken lassen, und die Mutter, deren Kind eben gestorben, ist verpflichtet, das bestellte Faschingskostüm abzunehmen!"

Für alle diese Fälle gilt das von Sprenger[69]) gegen Laband Vorgebrachte entsprechend. Meist wird, wie Rosenberg[70]) richtig bemerkt, der Verkäufer die Sachen gerne behalten wollen, wenn sie ihm bezahlt werden, oder es wird sich leicht ein Dritter finden, der sie für den Käufer abnimmt, wenn es ihm bezahlt wird oder die Sachen ihm geschenkt werden. Hat der Verkäufer ein Interesse an der Abnahme, so entspricht es, wie Rosenberg weiter ausführt, der Billigkeit, daß der Käufer die Sache abnimmt. Der Käufer kann doch nicht lediglich deshalb die Abnahme verweigern, weil er die Sache nicht mehr gebrauchen kann, oder weil sie ihm unangenehme Gefühle oder Erinnerungen erweckt. Affectiones autem non sunt aestimandae (l. 33 D. 9, 2). Vom wirtschaftlichen Standpunkte aus betrachtet, sprechen diese Beispiele mehr für, als gegen die Abnahmepflicht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Hat aber der Verkäufer kein Interesse an der Ab-

---

[66]) Wie in § 12 dieser Abh. dargelegt ist.
[67]) vgl. § 19 dieser Abh.
[68]) Im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 176.
[69]) a. a. O. S. 592ff., auf S. 53f. dieser Abh. angeführt.
[70]) a. a. O. S. 249.

nahme, so stellt sich sein Verlangen als Rechtsmißbrauch dar, und der Käufer braucht nach § 226 ihm nicht stattzugeben.[71])

Kohler kommt des weiteren bei der Abwägung der Interessen des Käufers und des Verkäufers zu dem Ergebnisse, daß eine Abnahmepflicht im Falle des Verzichtes des Käufers unbillig sei, und daß von den Verteidigern der Abnahmepflicht die Interessen des Verkäufers einseitig berücksichtigt würden. Die Interessen des Käufers, so führt er aus, der schon dadurch genug gestraft sei, daß er sein Geld für nichts weggegeben habe, verlangten, daß er nicht verpflichtet werden könne, „eine Bestie zu hätscheln oder sich mit auslaufenden Flüssigkeiten, gefährlichen Gasen, tödlichen elektrischen Batterien und anderen mörderischen Dingen zu befassen". Das Interesse des Verkäufers fordere freilich dasselbe. Es ständen also hier entgegengesetzte Interessen im Widerstreit. In einem solchen Falle bleibe es beim alten, m. a. W. der Verkäufer könne die Abnahme von dem Käufer nicht verlangen.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß es unbillig wäre, es beim Widerstreit der Interessen stets beim alten zu lassen. In einem solchen Falle ist vielmehr zu untersuchen, wer die Gefährdung der Interessen heraufbeschworen hat, und es muß dann zuungunsten dessen entschieden werden, der diese Gefährdung verursacht hat. In dem Falle, daß „Bestien, auslaufende Flüssigkeiten, gefährliche Gase, tödliche elektrische Batterien und andere mörderische Dinge" vom Käufer bestellt werden, verursacht dieser vielfach, daß der Verkäufer derartige Sachen sich erst kommen läßt, und daß so die von diesen Dingen ausgehende Gefahr in den Bereich des Interessenkreises des Verkäufers kommt. Der Käufer hat also die Gefahr heraufbeschworen, er muß daher auch die Folgen seiner Handlungsweise tragen und sich mit diesen mörderischen Dingen abfinden, so gut er kann. Es wäre unbillig, wenn er diese Folgen auf einen Schuldlosen abwälzen könnte. In diesem Sinne fragt auch Rosenberg[72]): „Warum hat sich denn der Gläubiger diese Dinge bestellt? Vielleicht hat der Schuldner solche männermordende Gegenstände erst für seine Gläubiger angeschafft oder angefertigt". Man denke sich nur den Fall so gelagert, daß der Käufer eine zur Aufbewahrung sehr unangenehme, lästige oder gefährliche Sache beim Verkäufer bestellt, um diesem einen Streich zu spielen. Der Verkäufer läßt die Dinge kommen, der reiche Käufer bezahlt sie hohnlächelnd, verzichtet auf all seine Rechte an der Sache und weigert sich, sie abzunehmen, da seine Interessen ebensosehr das Fernbleiben von diesen Dingen verlangten, als die

[71]) Das Nähere über die Frage des Rechtsmißbrauches s. § 20 S. 80 f. dieser Abh.

[72]) a. a. O. S. 249.

des Verkäufers die Befreiung davon, es müsse daher bei diesem Widerstreit der Interessen beim alten bleiben. Die böse Absicht wird meist nicht nachzuweisen sein, so daß der Verkäufer hilflos derartigen Tücken des Käufers preisgegeben wäre. Die Anschauung Kohlers ist nach alledem u. E. unhaltbar.

§ 19.

δ) Die Abnahmepflicht ist eine Schuldnerpflicht, die Abnahme eine Leistung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Wenn Kohler[73]) den Satz aufgestellt hat, es widerspreche dem Wesen des Schuldverhältnisses, daß der Gläubiger, der eben Gläubiger, und nichts anderes als Gläubiger, daher berechtigt, und nur berechtigt sei, zu irgend etwas verpflichtet sein könne, so kann man diesem Ausspruch in seiner Allgemeinheit u. E. nicht beipflichten. Richtig ist freilich, daß der Gläubiger, soweit er nur Gläubiger ist, sich die Leistung nicht aufdrängen zu lassen braucht und nicht zur Annahme gezwungen werden kann. Er ist aber nicht immer nur Gläubiger,[74]) er kann auch aus demselben Geschäfte und in bezug auf denselben Gegenstand Schuldner sein. So trifft den Käufer, den Gläubiger der Hauptleistung, auch eine Verpflichtung, wie oben[75]) gezeigt, die Verpflichtung zur Abnahme. Diese Pflicht ist nun weiterhin eine derartige, daß ihre Erfüllung im Wege der Klage und der anschließenden Zwangsvollstreckung erzwungen werden kann.[76]) Wen aber eine derartige Pflicht aus einem Vertrage trifft, den nennt man in dieser Beziehung Schuldner. Also ist der Käufer, der Gläubiger der Hauptleistung, Schuldner[77]) in bezug auf die Abnahme. Daher ist die Abnahme, was von

---

[73]) Iherings Jahrb. Bd. 17 S. 265 ff., insbesondere S. 268.

[74]) Ebenso Jakobi (a. a. O. S. 270) mit Beziehungen auf die obigen Ausführungen Kohlers. Zu allen diesen Darlegungen ist jedoch zu bemerken, daß die eigentliche tatsächliche Hauptgegenleistung beim gegenseitigen Vertrage, wie z. B. beim Kauf die Zahlung des Kaufpreises, hier natürlich nicht in Betracht kommt. Daß der Gläubiger der einen Hauptleistung in Beziehung auf die andere Schuldner ist, wird von keiner Seite bestritten, auch von Kohler nicht.

[75]) vgl. §§ 15 ff. dieser Abh.

[76]) vgl. § 17 dieser Abh.

[77]) Ebenso: Bretzfelder a. a. O. S. 23; Crome a. a. O. Bd. 2 S. 145; Jakobi a. a. O. S. 272; Neumann a. a. O. § 433 Anm. VI, 3; Oertmann a. a. O. § 433 Anm. 3 b 2; Rosenthal, Die Abnahmepflicht des Gläubigers nach BGB. S. 18 ff.; Staub a. a. O. Exkurs vor § 373 Anm. 67; Striebinger a. a. O. S. 29; RGZ. Bd. 53 S. 162 f. u. a. m. Hierher zählen außerdem alle, die im Falle des Verzuges mit der Abnahme Schuldnerverzug für gegeben, insbesondere § 326 stets oder unter Umständen für anwendbar erachten; vgl. §§ 33 ff. dieser Abh. And. A.: Jakobi a. a. O. S. 270; Kohler, Lehrb. Bd. 2 S. 202 u. Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 241 ff. (vgl. § 17 dieser Abh.); Lippmann a. a. O. S. 801; Romeick a. a. O. S. 58 ff.

großer Bedeutung für die später[78]) zu erörternden Fragen der Folgen der Nichtabnahme ist, eine Leistung.[79]) Es fehlt ihr nach dem Vorhergegangenen auch nicht der vielfach geforderte Vermögenswert, da die Befreiung von einer Sache, die einem lästig ist oder es werden kann, zweifellos einen wirtschaftlichen Vorteil bedeutet. Ohne eine Begriffsbestimmung der Leistung geben zu wollen, kann man wohl sagen, daß überall da, wo eine selbständig klagbare Schuldnerverpflichtung gegeben ist, der Inhalt dieser Verpflichtung eine Leistung darstellt.[80]) Das läßt sich aus § 241 schließen, der lautet: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen". Wird nun die Natur der Abnahme als Leistung bestritten, so wird damit gesagt, die Abnahme sei keine Schuldnerverpflichtung, es könne vielleicht eine uneigentliche, eine Gläubigerpflicht[81]) bestehen, die aber nicht klagbar sei.

Darauf laufen auch die Ausführungen Romeicks[82]) hinaus. Eine Begriffsbestimmung der Leistung gibt er dabei nicht, er begnügt sich vielmehr damit, festzustellen, was keine Leistung ist. In dieser Beziehung bemerkt er: Die Abnahme von seiten des Käufers sei keine Leistung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches. Dieses erläutere zwar den Begriff der Leistung nicht näher, aber das sei sicher, daß nicht alles das eine Leistung sei, wozu der eine Teil kraft des Schuldverhältnisses verpflichtet sei. So müsse z. B. nach 294 der Schuldner dem Gläubiger die Leistung so, wie

---

[78]) §§ 33 ff. dieser Abh.

[79]) Ausdrücklich erklären die Abnahme für eine Leistung: Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. 3 S. 52; Fleck, Die Verzugslehre und der Entw. eines HGB., im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 12 S. 253 f.; Hohenstein in Gruchots Beitr. Bd. 48 S 715; OLG Marienwerder v. 14. 4. 1903 in Seufferts Arch. Bd. 59 S. 133; das RG. in RGZ. Bd. 53 S. 163; Rosenberg a. a. O. S. 253; Schneider a. a. O. S. 48; außerdem sehen alle diejenigen die Abnahme als Leistung an, die den Abnahmeverzug für einen Leistungsverzug erklären und stets oder nur unter Umständen § 326 beim Abnahmeverzug angewandt wissen wollen; vgl. in dieser Beziehung die Literaturangaben in §§ 33 ff. dieser Abh.

[80]) Eine Begriffsbestimmung der Leistung wird u. a. gegeben von Lippmann (a. a. O. S. 801, von uns auf S. 77 angeführt). Oertmann (a. a. O. S. 241 Anm. 2) verlangt zum Begriff der Leistung ein Vermögensinteresse, d. h. daß sie im wirtschaftlichen Verkehr nur um Geld zu verschaffen sei. Siméon (a. a. O. S. 235) sieht in der Leistung das Mittel, dem Gläubiger ein wirtschaftliches Gut zu verschaffen.

[81]) vgl. § 15 S. 56 dieser Abh.

[82]) a. a. O. S. 58 ff. Gegen Romeick wenden sich: Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. 3 S. 52; Hohenstein in Gruchots Beitr. Bd. 48 S. 714; Oertmann a. a. O. § 433 Anm. 3 bα; Planck § 433 Anm. 7 b; Rosenberg a. a. O. S. 251 ff.; Schütze a. a. O. S. 27; Striebinger S. 29 f. und das RG. in RGZ. Bd. 53 S. 162.

sie zu bewirken sei, tatsächlich anbieten, trotzdem sei das Angebot zweifellos keine Leistung. Ebenso wie das Angebot lediglich eine die Leistung bezweckende Ausführungshandlung sei, beim Kauf eine Handlung behufs Ausführung der Übergabe, so sei die Abnahme nur eine die Annahme betätigende Ausführungshandlung, eine Handlung, durch die der Käufer seine Gläubigerverpflichtung, die Annahme, erfülle. Die Abnahme dürfe aus ihrem notwendigen Zusammenhange mit der Gläubigerpflicht, der Annahme, nicht herausgerissen und zu einer selbständigen Schuldnerverpflichtung, einer Leistung umgeprägt werden.

Hohenstein[83]) bemerkt dazu: Diese negative Abgrenzung des Begriffes der Leistung dahin, daß nicht schon alles, wozu ein Teil kraft des Schuldverhältnisses verpflichtet sei, eine Leistung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches bedeute, sei eine alte Wahrheit: Durch diese Abgrenzung würden die Mitwirkungshandlungen des Gläubigers bei der Erfüllung durch den Schuldner aus dem Begriffe Leistung ausgeschieden, deren Unterlassung die Gläubigerverzugswirkungen zur Folge hätten. Romeick habe aber nicht nachgewiesen, daß die Abnahme eine solche Mitwirkungshandlung des Gläubigers sei.

Dem ist u. E. zuzustimmen. Des weiteren ist auf die Ausführungen Romeicks zu sagen, daß der Vergleich mit dem Angebot verfehlt ist. Das „Muß" in § 294 hat nicht die Bedeutung, daß durch diesen Paragraphen eine selbständig klagbare Pflicht zum tatsächlichen Angebot für den Schuldner begründet werden soll. Die Verpflichtung zum ordnungsmäßigen tatsächlichen Angebot ist vielmehr eine uneigentliche Pflicht,[84]) eine Pflicht, deren Verletzung die Folge hat, daß kein Annahmeverzug eintritt und dem Schuldner die Vorteile entgehen, die ihm hieraus erwachsen. Das ergibt einerseits der Zusammenhang mit § 293. Nach diesem kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. In §§ 294 f. erläutert das Gesetz dann nur, was es unter Angebot versteht, welche Anforderungen es an ein solches stellt. Andererseits läßt sich das mit Sicherheit schließen aus der Fassung des dem § 294 BGB. entsprechenden § 255 des 1. Entw.[85]): „Zur Wirksamkeit des Angebots ist erforderlich, daß dem Gläubiger die Leistung so, wie sie dem Schuldner nach dem Schuldverhältnisse obliegt, tatsächlich angeboten wird". Im Gegensatz hierzu ist die aus § 433 Abs. 2 sich ergebende Abnahmepflicht aber nach unseren Ausführungen in §§ 15, 18 ff. eine eigentliche Rechtspflicht.

[83]) Gruchots Beitr. Bd. 48 S. 714.
[84]) vgl. oben § 15 S. 56 dieser Abh.
[85]) Mugdan, Mat. Bd. 2 VI.

Romeick[87]) beruft sich ferner zum Beweise seiner Ausführung, daß die Abnahme keine Leistung sei, auf unser Sprachgefühl. Man könne wohl sagen, eine Leistung werde angenommen, aber nicht, die Abnahme der Kaufsache werde vom Verkäufer angenommen. Der Verkäufer betätige doch das Gegenteil von Annahme, nämlich ein Weggeben. Ferner widerstreite die bei der Fristbestimmung im Bürgerlichen Gesetzbuch stetig sich wiederholende Formel, daß der Gläubiger „die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist ablehne", der Ansicht, daß die Abnahme eine Leistung sei, weil man so zu dem Ergebnisse komme, daß das Bürgerliche Gesetzbuch dem Verkäufer gestatte, „die Ablehnung der Annahme der Abnahme — eine unleidliche Wortzusammenstellung —" anzudrohen.

Auch diese Ausführungen erbringen u. E. keinen Beweis. Nach § 241 Satz 2 kann beispielsweise die Leistung auch in einem Unterlassen bestehen, und es widerspricht unserem Sprachgebrauch auch, zu sagen, man nehme eine Unterlassung an. Man würde zu vielen unleidlichen Wortzusammenstellungen kommen, wenn man in den einzelnen Paragraphen an Stelle der bestimmten Gattungsbegriffe deren Unterarten einrücken wollte, ohne daß man deshalb behaupten darf, daß die betreffende Unterart nicht unter den betreffenden allgemeinen Gattungsbegriff fiele.

Romeick[88]) erklärt dann weiterhin, die Annahme, daß die Abnahme eine Leistung sei, führe zu Unleidlichkeiten: Wenn der Käufer die Empfangbarkeit der Ware und die Richtigkeit des Angebots anerkenne und nur die Abnahme verzögere, so verletze er die Rechte und Interessen des Verkäufers ungleich weniger, als wenn er die Empfangbarkeit bestreite und die Annahme verweigere, aber zur Abnahme sich bereit erkläre. Betrachte man aber die Abnahme als eine Leistung, so träfen den Käufer im ersten Falle, also bei der gröberen Vertragsverletzung, lediglich die weniger schlimmen Folgen des Annahmeverzuges, im zweiten Falle, bei der geringeren Vertragsverletzung, die weit schlimmeren und härteren Folgen des Abnahme-, Leistungsverzuges.

Darauf ist in erster Linie zu entgegnen, daß nicht immer der Fall, daß allein die Abnahme verweigert oder verzögert wird, die Interessen des Verkäufers weniger schädigt als der zweitgenannte Fall. In dieser Beziehung sei auf unsere Ausführungen in §§ 16 u. 18,[89]) insbesondere auf die Beispiele Sprengers[90])

---

[87]) a. a. O. S. 67 f.
[88]) a. a. O. S. 52.
[89]) S. 58 ff, 66 ff. dieser Abh.
[90]) a. a. O. S. 601, von uns auf S. 54 angeführt.

und Rosenbergs[91]) von der Kohlenasche und den Rübenschnitzeln hingewiesen, aus denen sich ergibt, daß in vielen Fällen das Interesse des Verkäufers fast lediglich auf Abnahme geht, dieses daher durch Nichtabnahme auf das empfindlichste geschädigt wird. Ferner ist in den Fällen des Annahmeverzuges mit wenigen Ausnahmen auch Abnahmeverzug[92]) gegeben, so daß auch, wenn man mit Romeick der Ansicht ist, daß der erstgenannte Fall eine leichtere Vertragsverletzung darstellt als der zweite Fall, meist die Schwere der Folgen der Verletzung in dem richtigen Verhältnis zu der Größe der für den säumigen Käufer entstehenden Nachteile steht.

Romeick[93]) weist endlich auf folgendes hin: Wenn die Abnahme eine Leistung sei, der Verkäufer also durch Verzug mit der Abnahme in Leistungsverzug komme, so müsse der Verkäufer durch Nichtannahme der ordnungsmäßig angebotenen Abnahme in Annahmeverzug kommen. Dieser Annahmeverzug des Verkäufers gebe dem Käufer als Schuldner das Recht, die Berufung des Verkäufers auf von ihm nicht zu vertretende Umstände (§ 285) abzulehnen.

Auch diese Darlegung ist nicht geeignet, unsere Ansicht zu erschüttern. Romeick macht sich anscheinend nicht klar, was bei den einzelnen Fällen und Arten des Verzuges des Verkäufers die in Frage stehende Leistung ist, und welche Tragweite dies bei der Feststellung der Verzugsfolgen hat. Ist nämlich der Verkäufer im Gläubiger-, Annahmeverzuge, so ist die Leistung, die er nicht annimmt, die Abnahme. (Die Frage bezüglich des Kaufpreises scheidet hier selbstverständlich aus.) Wenn aber der Verkäufer im Schuldnerverzuge ist, so ist die fragliche Leistung die Übergabe der Sache und Verschaffung des Eigentums daran. Wenn nun der Käufer die für den Schuldnerverzug geltenden Vorschriften nicht angewandt wissen will, sondern die für den Gläubigerverzug geltenden, also z. B. die Berufung des Verkäufers auf von diesem nicht zu vertretende Umstände ablehnt, so beruft er sich auf den Annahme-, Gläubigerverzug des Verkäufers mit der Abnahme. Er kann diese Berufung aber nicht ablehnen, sobald es sich um die Leistung des Verkäufers als Schuldner, nämlich Übergabe und Eigentumsverschaffung handelt. Der Käufer darf fernerhin sowohl die Folgen des Gläubiger- als auch die des Schuldnerverzuges geltend machen, wenn die erforderlichen Voraussetzungen gegeben sind, ebenso gut wie dies dem Verkäufer gestattet ist.[94])

[91]) a. a. O. S. 249, von uns auf S. 66 angeführt.
[92]) Das Nähere hierüber s. § 33 dieser Abh.
[93]) a. a. O. S. 67.
[94]) vgl. § 39 dieser Abh.

Aber er ist, wenn er die Rechte aus dem einen Verzuge geltend macht, an dessen Voraussetzungen gebunden, auf dessen vom Gesetze bestimmte Folgen und vor allem auf die in Frage stehende Leistung beschränkt; er kann keineswegs willkürlich die Folgen des einen Verzuges von Voraussetzungen des anderen Verzuges abhängig machen. Will also der Käufer mit Romeick die Anwendung des § 285 ausgeschlossen wissen, so beruft er sich auf den Annahmeverzug des Verkäufers, die in Frage kommende Leistung ist dann aber die Abnahme. Hierauf bezogen sind aber die Folgen des Gläubigerverzuges von nicht allzu großer Bedeutung, soweit sie überhaupt sinngemäß Anwendung finden können. Der Käufer hat dann nach § 300 nur noch Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit bezüglich der Abnahme zu vertreten. Das wäre dann dahin zu deuten, daß er für den Fall, daß die Abnahme unmöglich würde, diese Unmöglichkeit nur dann zu vertreten hätte, wenn er sie vorsätzlich oder grobfahrlässig herbeigeführt hätte. Da aber die Abnahme stets möglich ist, solange der Verkäufer, sein Besitzdiener oder Besitzmittler die Sache noch hat, also die Übergabe noch möglich ist, so fällt die Unmöglichkeit der Abnahme stets mit der Unmöglichkeit der Leistung des Verkäufers zusammen. In diesem Falle werden aber vernünftigerweise die Regeln über die Unmöglichkeit der Leistung der gekauften Sache zur Anwendung kommen.[95]) Demnach ist die Gefahr der Abnahme gleichbedeutend mit der Gefahr der Leistung des Verkäufers. Fernerhin kann der Käufer Ersatz der Mehraufwendungen für das erfolglose Angebot der Abnahme verlangen. Die Bestimmungen über die Nutzungen, die Hinterlegung und die Versteigerung des zu leistenden Gegenstandes finden naturgemäß keine Anwendung, wenn die Abnahme die Leistung ist. Wenn aber infolge der Anwendung der Vorschriften über den Annahmeverzug dem Verkäufer wirklich ernstliche Nachteile erwachsen sollten, so muß er dies eben in den Kauf nehmen: Wo Licht ist, ist auch Schatten! Wer die Vorteile einer Bestimmung genießt, muß auch die notwendig damit verbundenen Nachteile auf sich nehmen.

Jakobi[96]) sucht den letztgenannten Einwand Romeicks durch folgende Ausführung zu entkräften: Die Abnahmepflicht diene nur zur Sicherung gegen die nachteiligen Folgen des Annahmeverzuges. Es sei aber keine Abnahmepflicht gegeben, und es könne dann aber auch von einem Gläubigerverzug gegenüber dieser Pflicht keine Rede sein, wenn kein Annahmeverzug des Käufers mit der Leistung der Kaufsache gegeben sei, insbesondere also dann nicht, wenn der Verkäufer die Ware gar nicht anbiete.

---

[95]) Ebenso: RGZ. Bd. 57 S. 406; vgl. § 12, S. 46 dieser Abh.
[96]) a. a. O. S. 276.

Dieser Beweisgrund schlägt nicht durch, da man u. E. der Anschauung, daß der Anspruch auf Abnahme als eine Erweiterung der Ansprüche aus dem Annahmeverzuge anzusehen sei, nicht beistimmen kann.[97])

Des weiteren bestreitet Lippmann,[98]) zum Teil mit Romeick übereinstimmend, daß die Abnahme eine Leistung sei. Er gibt folgende Begriffsbestimmung: „Leistung ist nur diejenige Tätigkeit des Schuldners, durch die er seine Schuldnerpflicht erfüllt und damit das Schuldverhältnis zum Erlöschen bringt", und führt sodann aus: Wenn die Überschrift des ersten Titels des ersten Abschnitts des Rechts der Schuldverhältnisse von einer Verpflichtung zur Leistung spreche, so gebe das Gesetz damit zu erkennen, daß nicht jede beliebige Verpflichtung Leistungsverpflichtung sei. Nur den Schuldner träfen Leistungspflichten, nicht auch den Gläubiger. Bei gegenseitigen Verträgen seien beide Teile Gläubiger und zugleich auch Schuldner bezüglich der ihnen obliegenden Leistung. Beim Kauf bringe der Käufer lediglich durch Erfüllung seiner Zahlungsverbindlichkeit seine Schuldnerverpflichtung zum Erlöschen. Die gekaufte Sache habe der Verkäufer zu leisten, daher könne der Käufer bezüglich der Leistung der Sache nicht in Leistungsverzug geraten. Lippmann will demnach anscheinend, wie Romeick, die Abnahme lediglich als eine die Annahme betätigende Ausführungshandlung angesehen wissen. Merkwürdigerweise stimmt er aber den Ausführungen des Reichsgerichts, die eine selbständig klagbare Abnahmepflicht annehmen, bei. Er sieht also die Abnahmepflicht als eine selbständig klagbare Gläubigerpflicht des Käufers an.

Gegen Lippmann, zu dessen Widerlegung auch auf das in §§ 14 ff. dieser Abhandlung Ausgeführte verwiesen wird, wendet sich Hohenstein[99]) und weist ihm die Unrichtigkeit seiner Begriffsbestimmung nach. Zuerst wendet er diese auf den Kauf an. Die Leistung des Verkäufers, so legt er dar, sei eine zusammengesetzte Leistungsmehrheit, und zwar eine Gesamtleistung mit verschiedenartigen Leistungsteilen, nämlich Übergabe der Sache und Verschaffung des Eigentums daran. Jede dieser beiden einzelnen Leistungen für sich bringe das Schuldverhältnis nicht zum Erlöschen, trotzdem sie zweifellos klagbare Verbindlichkeiten seien, über deren Erzwingbarkeit keine Zweifel herrschten. Weiterhin seien die Worte: „zur Erledigung bringen" auch insofern unrichtig, als die Tätigkeit des Schuldners auch dann eine Leistung sein

---

[97]) Das Nähere hierüber s. § 20 dieser Abh.
[98]) a. a. O. S. 801.
[99]) Gruchots Beitr. Bd. 48 S. 712.

könne, wenn sie nur geeignet sei, den Zweck der ganzen Verbindlichkeit oder eines Teiles, d. h. den durch die Erfüllungshandlung herbeizuführenden Erfolg ganz oder teilweise zu verwirklichen, es sei nicht die tatsächliche Erledigung des Schuldverhältnisses erforderlich.[100])

Dem ist u. E. zuzustimmen. Lippmann ist des weiteren folgendes zu entgegnen: Wenn er sagt, der Verkäufer habe die gekaufte Sache zu leisten, so ist das nicht ganz scharf ausgedrückt. Genau genommen muß es heißen: Der Verkäufer hat die Sache zu übergeben und das Eigentum daran zu verschaffen. Bezüglich dieser sich auf die Sache beziehenden Leistung kann selbstverständlich der Käufer nicht in Leistungsverzug geraten. Aber — und das übersieht Lippmann — das Gesagte schließt nicht aus, daß den Käufer in bezug auf die Sache eine Verpflichtung trifft, die nicht Übergabe oder Eigentumsverschaffung ist, wie eine solche durch den klaren Wortlaut des § 433 Abs. 2, an dem sich nicht rütteln läßt, dem Käufer auferlegt wird.

Fernerhin ist es ein Widerspruch, wenn Lippmann zugibt, daß die Abnahmepflicht eine selbständig klagbare Pflicht ist, und dieselbe doch als Gläubigerpflicht betrachtet wissen will. Gerade die Tatsache, daß eine Vertragspartei eine selbständig klagbare Verpflichtung trifft, ist es ja, die diese Person zum Schuldner macht.[101])

---

[100]) Hohenstein wirft Lippmann weiter vor, seine Begriffsbestimmung enthalte eine petitio principii, und bemerkt in dieser Beziehung: Es solle durch die Begriffsbestimmung doch festgestellt werden, wann eine Schuldnerpflicht bestehe, und Lippmanns Begriffsbestimmung nehme dies als gegeben an. Der Vorwurf ist u. E. unbegründet: Lippmann will nur sagen, eine Leistung sei dann nicht gegeben, wenn der Schuldner, der vielleicht zugleich Gläubiger ist — der Käufer z. B. ist ja Gläubiger bezüglich der Übergabe der Sache und der Übertragung des Eigentums daran und Schuldner in bezug auf die Zahlung des Kaufpreises — eine Verpflichtung erfülle, die keine Schuldner-, sondern eine Gläubigerverpflichtung sei, z. B die Annahme. Die Begriffsbestimmung Lippmanns ist gerade auf den Kauf zugeschnitten, bei dem ja der Käufer nach Lippmanns Ansicht mit der Abnahme eine Gläubigerverpflichtung erfüllt. Die Begriffsbestimmung der Leistung kann nicht die Frage beantworten, wann eine Schuldnerverpflichtung vorliegt. Diese Frage muß von Fall zu Fall entschieden werden und macht meist auch wenig Schwierigkeiten. Ebenso ungerechtfertigt ist der Vorwurf der Tautologie, den Hohenstein dem Lippmann macht. Tautologie würde vorliegen, wenn der Begriff Leistung in der Begriffsbestimmung der Leistung benutzt würde. Das tut Lippmann aber nicht.

[101]) vgl. den Anfang dieses Paragraphen S. 71 f.

§ 20.

ε) Die Abnahmepflicht ist eine selbständig klagbare und vollstreckbare Rechtspflicht. Die Interessentheorie. Die Frage der Anwendung des § 226.

Während Kohler und Romeick, wie oben dargelegt, die Abnahmepflicht als selbständig klagbare und vollstreckbare Schuldnerpflicht des Käufers vollständig bestreiten, geht Jakobi nicht so weit; er erkennt eine klagbare und vollstreckbare Schuldnerpflicht des Käufers auf Abnahme an, schränkt sie aber erheblich ein. Des näheren führt er aus[102]): Es sei den Darlegungen Kohlers insoweit zuzustimmen, daß der Käufer als Gläubiger sich die Leistung nicht aufdrängen zu lassen brauche, daß er nicht zur Annahme gezwungen werden könne. Das schließe aber nicht aus, daß den Gläubiger eine Pflicht treffen könne zur Mitwirkung an der Befreiung des Schuldners von der Last des Besitzes der geschuldeten Sache. Nur könne diese Pflicht keine solche sein, daß der Schuldner ein selbständiges Recht darauf habe. Eine solche Pflicht sei auch die Abnahmepflicht des Käufers. Diese sei nur eine solche, „daß der Verkäufer die Erfüllung der Abnahmepflicht zur Erleichterung, gewissermaßen als Minus seiner Schuldnerpflichten und zur Ergänzung der ihm durch das Gesetz gegebenen Rechte bei Annahmeverzug des Käufers fordern könne". Ebenso wie dem Gläubiger nach § 304 Schuldnerpflichten auf Ersatz gewisser Aufwendungen erwüchsen, so treffe ihn nach § 433 Abs. 2 eine solche[103]) auf Abnahme, und zwar auch als Folge des Annahmeverzuges. Die Abnahmepflicht sei aber lediglich wegen des rechtlichen Interesses des Verkäufers begründet, das auf der durch die Aufbewahrung der Sache entstehenden Mühe beruhe und der etwaigen aus ihr entstehenden Gefahr und Belästigung, die dem Verkäufer erwachsen könnten, weil er die Sache beim Annahmeverzuge des Käufers und darüber hinaus für den Käufer bereithalten müsse. Mit Wegfall dieses Interesses falle daher auch die Abnahmepflicht fort. Wenn also der Verkäufer

---

[102]) a. a. O. S. 269 ff. Jakobis Anschauung wird bekämpft von Schneider a. a. O. S. 43, Striebinger a. a. O. S. 31 und Rosenthal a. a. O. S. 18, der allerdings Jakobi teils mißversteht, vgl. unten Anm. 103 dieser Abh., sie steht in bewußtem Gegensatz zu der Rosenbergs (a. a. O. S. 245 ff., insbesondere S. 251).

[103]) d. h. eine Schuldnerpflicht auf Abnahme; das ist der Sinn der Ausführungen Jakobis auf S. 272, die Rosenthal (a. a. O. S. 18) anscheinend mißversteht, wenn er sagt, Jakobi sehe die Abnahmepflicht als Gläubigerpflicht an. Jakobis Gedankengang ist eben der: Aus der Nichtbefolgung der Gläubigerpflicht auf Annahme entstehen für den Gläubiger Schuldnerpflichten, nämlich auf Ersatz der Mehraufwendungen und auf Abnahme.

die Sache für den Käufer nicht bereitzuhalten brauche, oder der Käufer nicht im Annahmeverzuge sei, dann sei die Grundlage der Abnahmepflicht, das Interesse, nicht gegeben, folglich falle diese dann fort. Die durch das BGB. unbeschränkt geschaffene Abnahmepflicht des Käufers sei hiernach ausgeschlossen, wenn der Verkäufer kein Interesse daran habe, von der Lieferungspflicht gegenüber dem Käufer befreit zu werden (z. B. bei endgültigem Verzicht des Käufers auf die Leistung), und wenn ihm dabei aus dem Annahmeverzuge ein Schaden irgendwelcher Art nicht entstehen könne.[104]) Der Verkäufer könne ferner beim Verzicht des Käufers auf die Leistung nur dann die Abnahme verlangen, wenn ihm ein anderweitiges vom Halse Schaffen, z. B. Wegwerfen, Verschenken schwerer falle als die Duldung der Abnahme.

Diesen Ausführungen gegenüber ist in erster Linie mit Striebinger[105]) zu bemerken, daß die Konstruktion, die Abnahmepflicht als Ergänzung und Erweiterung der Rechte des Verkäufers aus dem Annahmeverzuge zu betrachten und auf dieser Grundlage ein besonderes Interesse an der Abnahme zu verlangen, als weit hergeholt und gezwungen zu bezeichnen ist. Das Gesetz bietet mit seinem klaren, unzweideutigen Wortlaut in keiner Weise einen Anhalt dazu, es verbietet sich vielmehr hiernach eine derartige gekünstelte Erklärung und Auslegung der Abnahmepflicht. Die Abnahmepflicht entsteht demnach nicht erst mit Eintritt des Annahmeverzuges, sondern mit Abschluß des Kaufvertrages.

Wenn weiterhin Jakobi ein Interesse an der Abnahme von seiten des Verkäufers als Voraussetzung der Pflicht hierzu verlangt, so setzt er sich dadurch in bewußten Gegensatz zu Rosenberg,[106]) der den durch die unbeschränkte, bedingungslose Abnahmepflicht hervorgerufenen Unzuträglichkeiten durch die Anwendung des § 226, der den Rechtsmißbrauch untersagt, abhelfen will.

Jakobi[107]) bemerkt hierzu, § 226 schaffe nur rein äußerlich und von Fall zu Fall Abhilfe. Er bringe die Billigkeit nur im Einzelfalle zur Geltung. Wenn sich aber die einzelnen Fälle zu einer Gruppe zusammenschlössen, die auf einem Grunde beruhe, so liege doch wohl ein Rechtssatz vor, der eine abstrakte Billigkeit durchführen wolle. Diesen festzustellen, sei eben Aufgabe der Wissenschaft. Diese Ausführungen sind u. E. allerdings richtig, aber es wird sich wohl schwerlich ein solcher Rechtssatz feststellen lassen, der annehmbar wäre gegenüber der Tatsache, daß § 433

---

[104]) Ebenso Staudinger a. a. O. § 433 Anm. IX, 2c, der die betreffende Stelle fast wörtlich anführt.

[105]) a. a. O. S. 31.

[106]) a. a. O. S. 251.

[107]) a. a. O. S. 274 Anm. 2.

Abs. 2 die Abnahmepflicht bedingungslos für alle Fälle festsetzt. Die Abhilfe, die Jakobi schafft, enthält u. E. eine Ungerechtigkeit, indem sie für den Verkäufer eine Schranke schafft, von der das Gesetz nichts kennt: Der Verkäufer hätte nach Jakobi jedesmal sein Interesse nachzuweisen, obschon § 433 Abs. 2 ihm diesen Nachweis nicht aufbürdet. Es besteht aber auch kaum ein Bedürfnis zur Feststellung eines derartigen allgemeinen Rechtssatzes im Sinne Jakobis. Es genügt vollkommen, wenn man § 226 als einzige Schranke des § 433 Abs. 2 anerkennt und die Abnahmepflicht auch ohne den Nachweis eines Interesses gegeben sein läßt.[108]) Die ganze Streitfrage ist übrigens praktisch von äußerst geringer Bedeutung: Wenn der Verkäufer kein Interesse an der Abnahme hat, wird er wohl kaum darauf klagen. Tut er es dennoch, so ist u. E., da ihm eine unbedingte Gesetzesbestimmung zur Seite steht, mit Rosenberg[109]) als „ein durchaus befriedigendes Ergebnis" zu bezeichnen, „daß in diesem Falle der Käufer die Voraussetzungen des § 226 dartun muß, und nicht der Verkäufer das Vorhandensein eines Interesses an der Abnahme".[110]) In diesem Sinne sagt auch Oberloskamp[111]) mit Recht: „Nur so gestaltet, unabhängig vom Nachweise eines Interesses des Verkäufers, dessen Mangel vielmehr vom Käufer darzutun ist, vermag die Abnahmepflicht die rasche, praktische Handhabe zu bieten, als die sie vom Gesetzgeber gedacht ist".

§ 21.

ζ) Die Abnahmepflicht beim Kauf gegen Dispositionspapier.

Eine Abnahmepflicht bezüglich der gekauften Sache ist fernerhin auch in den Fällen gegeben, in denen die Rechte an der Sache mittels Dispositionspapiers (Lagerschein, Ladeschein, Konnossement §§ 424, 450, 647 HGB.) übertragen werden, und zwar auch noch nach Abnahme dieses Papieres,[112]) bezüglich dessen selbst aber keine Abnahmepflicht besteht. Staub[113]) bemerkt für diesen Fall, „beim Kauf gegen Dispositionspapier habe der Verkäufer die Verpflichtung, das Papier abzunehmen, um den Verkäufer vom Besitze der Ware und der Sorge um sie zu befreien".

---

[108]) Ebenso Staub (a. a. O. Exkurs vor § 373 Anm. 68): „Die Abnahmepflicht besteht auch ohne besonderes Interesse"; in demselben Sinne Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. 3 S. 52, die sie außerdem als selbständige Verpflichtung hervorheben; Oberloskamp a. a. O. S. 18 u. a. m.

[109]) a. a. O. S. 251.

[110]) a. a. O. S. 251.

[111]) a. a. O. S. 18.

[112]) Ebenso Oberloskamp a. a. O. S. 42; Striebinger a. a. O. S. 23.

[113]) a. a. O. Exkurs vor § 373 Anm. 67.

Diese Bemerkung könnte zu verschiedenen Irrtümern Anlaß geben. Sie könnte in erster Linie zu der Ansicht verführen, daß der Käufer mit der Abnahme des Verfügungspapieres seiner Abnahmepflicht genügt hätte. Dem ist jedoch nicht so. Die Übergabe des Verfügungspapieres hat zwar für den Erwerb von Rechten an dem Gute dieselbe Wirkung wie die Übergabe des Gutes (§§ 424, 450, 647 HGB.). Deshalb ist aber die tatsächliche Übergabe des Gutes an den Käufer noch nicht erfolgt, und die dem Verkäufer nach § 433 BGB. obliegende Pflicht hierzu bleibt bestehen. Die Übertragung des unmittelbaren Besitzes auf den Käufer — das verstehen wir unter Übergabe — muß also noch erfolgen. Ebenso besteht auch noch nach Abnahme des Papieres die Pflicht des Käufers zur Abnahme der Ware, da ja an dem tatsächlichen Innehaben der Ware durch die Übergabe des Verfügungspapieres nichts geändert ist. Dem Verkäufer oder dem von ihm beauftragten Lagerhalter, Verwahrer usw. können auch nach Abnahme des Papieres durch das Innehaben der Sache dieselben, wenn nicht, da der Verkäufer meist nicht mehr Eigentümer ist, größere Unannehmlichkeiten erwachsen, als wenn die Uebergabe und Abnahme des Papieres nicht stattgefunden hätte. Wenn nun Staub eine Abnahmepflicht bezüglich des Papieres annimmt, „um den Verkäufer vom Besitz der Ware und der Sorge um sie zu befreien", so ist dem u. E. nicht beizustimmen, da dieser Zweck durch Abnahme des Papieres nicht erreicht werden kann. Eine Verpflichtung zur Abnahme des Papieres ist außerdem auch schon deshalb nicht gegeben, weil der Käufer nur zur Abnahme der „gekauften Sache" verpflichtet ist, und weiterhin die Besitzübertragung des Verfügungspapieres lediglich dem Zwecke des Erwerbes von Rechten an dem Gute dient und der Käufer zum Erwerbe von Rechten nicht gezwungen werden kann. Die Abnahme des Papieres und deren Folgen fallen eben mit der Abnahme des Gutes selbst und den daraus sich ergebenden Folgen in keiner Weise zusammen und unterliegen daher nicht denselben Vorschriften.

§ 22.

d) Die Pflicht zur Abnahme eines Grundstücks.

Wenn § 433 Abs. 2 den Käufer verpflichtet, die gekaufte „Sache" abzunehmen, so besteht diese Abnahmepflicht auch dann, wenn die gekaufte Sache ein Grundstück, eine unbewegliche Sache ist. Sachen im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches sind nämlich nach § 90 körperliche Gegenstände. Diese können sowohl bewegliche als auch unbewegliche sein. Dementsprechend nimmt auch die

herrschende Meinung[114]) eine Abnahmepflicht bezüglich gekaufter Grundstücke an. Allgemein geleugnet wird sie von Hohenstein[115]) und Neumann.[116]) Crome[117]) nimmt eine solche nur insoweit als gegeben an, als „eine besondere Abnahmehandlung erforderlich ist".

Gegen die Annahme einer Abnahmepflicht bezüglich eines Grundstücks lassen sich in dreifacher Beziehung Bedenken geltend machen: 1. Der Gesetzgeber habe nur eine Abnahmepflicht bezüglich beweglicher Sachen festsetzen wollen, das ergebe sich aus den Vorarbeiten. 2. Der Begriff Abnahme sei auf Grundstücke nicht anwendbar. 3. Es sei ein Rechtsmißbrauch, die Abnahme von Grundstücken zu verlangen.

In Beziehung auf die erste Frage ist freilich zuzugeben, daß in den Vorarbeiten über die Abnahmepflicht stets nur von der Abnahme beweglicher Sachen die Rede ist, und daß daher die Vermutung naheliegt, daß der Gesetzgeber bei der Festsetzung der Abnahmepflicht lediglich den Käufer beweglicher Sachen zur Abnahme habe zwingen wollen. Aber es kommt nicht darauf an, was der Gesetzgeber hat sagen wollen, sondern darauf, was in dem Gesetze seinen Ausdruck gefunden hat,[118]) und in dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist eben die Abnahmepflicht bezüglich aller Sachen, also auch der unbeweglichen, festgesetzt worden. An der Gültigkeit und Tragweite dieser klaren Gesetzesbestimmung kann eine bloße Vermutung — eine Gewißheit ist ja nicht gegeben, da die Redaktoren nicht Gesetzgeber sind, sondern lediglich dessen Berater, und die Vorarbeiten nur die Ansicht der Redaktoren wiedergeben — für eine gegenteilige Absicht des Gesetzgebers nichts ändern.

Es sind nun des weiteren die Fragen zu prüfen, ob der Begriff der Abnahme auf Grundstücke unanwendbar, und ob aus diesem Grunde eine Abnahmepflicht bei Grundstückskäufen nicht anzunehmen ist. In der Tat ergibt die Anwendung des von uns gefundenen Begriffes der Abnahme auf unbewegliche Sachen ein unhaltbares, sinnwidriges Ergebnis: Eine rein körperliche Tätigkeit der Hinwegnahme ist bei Grundstücken, die ja nicht von der

---

[114]) So Fischer-Henle a. a. O. § 433 Anm. 11; Planck a. a. O. § 433 Anm. 7b Abs. 2; Staudinger a. a. O. § 433 Anm. IX, 2ey; Striebinger a. a. O. S. 32f. und das RG. in RGZ. Bd. 53 S. 70ff.

[115]) Arch. f. bürgerl. R. Bd. 25 S. 72.

[116]) BGB. § 433 Anm. 4, 2.

[117]) a. a. O. Bd. 2 S. 424; das Ergebnis ist hiernach dasselbe wie nach unserer Ansicht, da, wie weiter unten gezeigt, stets eine besondere Abnahmehandlung erforderlich ist.

[118]) vgl. § 7 S. 19 dieser Abh.

Stelle bewegt, also auch nicht hinweggenommen werden können, undenkbar. Es fragt sich nur, ob man aus dieser Tatsache mit Hohenstein[119]) die Schlußfolgerung ziehen darf, daß es bei Grundstücken keine Abnahmepflicht gebe. Diese Frage ist u. E. zu verneinen.

Striebinger[120]) bemerkt hierzu: Wenn man Abnahme für gleichbedeutend mit Hinwegnahme erkläre, so widerspreche es dem gewöhnlichen Sprachgebrauch, von der Abnahme eines Grundstückes zu sprechen. Es sei aber zur Abnahme nicht erforderlich, daß die Sache in ihrer Lage verändert werde, sondern nur, daß der Verkäufer den Gewahrsam verliere, und das sei ja auch bei Grundstücken möglich.

Auch dem kann man u. E. nicht voll zustimmen. Des näheren ist zu dieser Frage zu bemerken: Wir haben bei der Entwicklung des Begriffs der Abnahme fast immer nur Fälle der Abnahme beweglicher Sachen im Auge gehabt, wie die Redaktoren. Dieser Begriff ist aber ja kein vom Gesetze selbst für alle Fälle, also auch die der Abnahme unbeweglicher Sachen gegebener, sondern wir haben ihn gewonnen, indem wir, gestützt auf den Wortlaut des Gesetzes, eine Abnahmepflicht annahmen, und dann den Zweck der Abnahmepflicht bei dem Kaufe beweglicher Sachen erwogen und aus diesem Zwecke unter Berücksichtigung des Sprachgebrauches den Begriff der Abnahme herleiteten. Der so gefundene Begriff ist daher nur auf bewegliche Sachen zugeschnitten und paßt auch nur auf solche. Wir müssen also denselben Weg noch einmal gehen, indem wir lediglich den Fall des Grundstücksverkaufs im Auge haben. Dabei gelten alle unsere früheren Erörterungen in dieser Beziehung, soweit sie sich nicht durch den Begriff der unbeweglichen Sache verbieten.

Daß der Wortlaut des Gesetzes sich nicht anders als im Sinne des Vorhandenseins einer Abnahmepflicht in bezug auf Grundstücke deuten läßt, ist aber bei Widerlegung des ersten Einwandes gezeigt. Der Sprachgebrauch bietet für diesen Fall keine weitere Stütze. Wir haben uns daher jetzt zu fragen, welchen Interessen des Verkäufers die Abnahmepflicht bei Grundstücken zu dienen hat, und hieraus den Begriff der Abnahme von Grundstücken festzulegen. Wie wir gesehen haben,[121]) ist der Zweck der Abnahmepflicht in bezug auf bewegliche Sachen der, von dem Verkäufer die Gefährdung seines Interessenbereiches abzuwenden, die ihm durch die verkaufte Sache droht. Dies ist beim Grund-

---

[119]) Arch. f. bürgl. R. Bd. 25 S. 72.
[120]) a. a. O. S. 32.
[121]) § 9 dieser Abh.

stückskauf ganz genau so. Bei beweglichen Sachen fällt diese Gefährdung mit der Entfernung aus dem Gewahrsam des Verkäufers fort. Beim Kaufe von Grundstücken ist dies anders. Hier ist mit Verlust des Gewahrsams noch nicht jede mittelbare oder unmittelbare Belästigung des Verkäufers durch das Grundstück ausgeschlossen, vielmehr werden erhebliche Belästigungen erst durch den Verlust des Eigentums ausgeschlossen. Der Verkäufer eines Grundstückes hat nämlich, solange er noch Eigentümer ist, die auf diesem Grundstücke ruhenden öffentlichen und privatrechtlichen Lasten zu tragen. Unzweifelhaft wird das Interesse des Verkäufers hierdurch verletzt. Daher muß der Inhalt der Abnahmepflicht darauf gehen, den Verkäufer von seinem Besitze und Eigentum zu befreien. Dies kann aber nur dadurch geschehen, daß der Käufer verpflichtet wird, diejenigen Handlungen vorzunehmen, die erforderlich sind, um den Verkäufer vom Besitze und Eigentum des Grundstücks zu befreien. Es ist dies Gestattung der Aufgabe des Besitzes und die zur Eigentumsübertragung erforderliche Mitwirkung bei der Auflassung und Eintragung. Dabei braucht, unbeschadet der Verpflichtungen aus anderen Gesichtspunkten, auf Grund der Abnahmepflicht das Eigentum nicht auf den Käufer übertragen zu werden, es kann vielmehr nach dem Willen des Käufers auf jede beliebige andere Person übertragen werden, da ja, wie oben[122]) ausgeführt, der Begriff Abnahme grundsätzlich nicht auch den Gesichtspunkt des Ansichnehmens in sich schließt. Notwendig ist nur die Befreiung des Verkäufers von Besitz und Eigentum.

Wir geben hiernach folgende Begriffsbestimmung: Die Abnahme eines Grundstückes ist die Gestattung der Aufgabe des Gewahrsams des Verkäufers und Mitwirkung des Käufers bei der zur Eigentumsübertragung notwendigen Auflassung und Eintragung, um den Verkäufer von dem Besitze und Eigentum des Grundstücks zu entlasten.

Eine besondere, genau begründete Begriffsbestimmung der Abnahme von Grundstücken findet sich u. W. in der Literatur nicht, wohl Besprechungen einzelner Gesichtspunkte. Striebinger[123]) hält an seiner Begriffsbestimmung dahin, daß Abnahme gleichbedeutend mit Annahme als Erfüllung sei, auch in bezug auf Grundstücke ausdrücklich fest. Im einzelnen ist zu unserer Begriffsbestimmung noch zu bemerken:

---

[122]) § 10 dieser Abh.

[123]) a. a. O. S. 32 f.; auf ihn ist weiter unten S. 87 dieser Abh. näher einzugehen.

Das erste Erfordernis, die durch den Käufer erfolgende Gestattung der Aufgabe des Gewahrsams des Verkäufers, ist nämlich alles, was der Käufer hinsichtlich der Befreiung des Verkäufers von dem Gewahrsam und der damit verbundenen Folgen tun kann. Die Befreiung des Verkäufers vom Gewahrsam beweglicher Sachen kann nämlich der Käufer selbst besorgen oder durch einen anderen besorgen lassen, da sie durch Fortschaffen der Sache aus dem Gewahrsam des Verkäufers erfolgt. Die Befreiung vom Gewahrsam eines Grundstücks erfolgt aber nicht durch Ortsveränderung des Grundstücks, die ja unmöglich ist, sondern dadurch, daß der besitzende Verkäufer sich von dem Grundstücke zurückzieht. Dazu kann der Verkäufer aber nicht mitwirken. Eine Gestattung hierzu ist aber zu dem Zwecke zu verlangen, daß dem Verkäufer die weiter unten dargelegten Unannehmlichkeiten erspart bleiben, die ihm erwachsen können, wenn er auf Grund des Annahmeverzuges des Käufers den Besitz des Grundstücks nach § 303 aufgibt. Eine solche Gestattung ist natürlich in der Inbesitznahme durch den Käufer oder seinen Stellvertreter enthalten, die aber nicht verlangt werden kann, weil Abnehmen nicht gleichbedeutend mit Ansichnehmen ist.

Das zweite Erfordernis, die Mitwirkung des Käufers bei der zur Eigentumsübertragung notwendigen Auflassung und Eintragung, wird verworfen von Planck;[124]) das Reichsgericht[125]) dagegen verlangt es anscheinend auch. Im Ergebnis kommt auch Striebinger[126]) auf unsere Ansicht heraus. Er sagt: Die Mitwirkung des Käufers bei Auflassung und Eintragung gehöre nicht ohne weiteres zur Abnahme. Sie könne aber erzwungen werden, weil der Käufer sonst seiner Verpflichtung zur Abnahme oder Annahme (welche Ausdrücke nach Striebinger[127]) gleichbedeutend sind) des Grundstücks als Erfüllung — das bedeutet ja nach seiner Ansicht die Abnahme — überhaupt nicht nachkommen könne. Zur Erfüllung der Schuld des Verkäufers gehöre aber Übertragung sowohl des Besitzes als auch des Eigentums, und wenn das Gesetz dem Käufer eine Pflicht zur Abnahme als Erfüllung auferlege, so verpflichte es ihn auch zu allen Handlungen, die zur Abnahme als Erfüllung notwendig seien.

Eine Entgegnung auf diese Begründung erübrigt sich durch unsere früheren Ausführungen,[128]) durch die dargetan wurde, daß

---

[124]) a. a. O. § 433 Anm. 7 b sich gegen das RG. wendend.
[125]) RGZ. Bd. 53 S. 70 ff.
[126]) a. a. O. S. 33.
[127]) a. a. O. S. 32.
[128]) §§ 11 ff. dieser Abh.

Abnahme nicht gleichbedeutend mit Annahme oder Abnahme als Erfüllung ist.

Es bleibt zum Schluß noch die Frage zu prüfen, ob nicht gegenüber der Klage auf Abnahme eines Grundstückes mit Erfolg die Einrede des Rechtsmißbrauches (§ 226) gemacht werden kann. Oberloskamp[129]) bejaht die Frage bedingungslos mit der Begründung, daß der Verkäufer bei Annahmeverzug, der ja bei den in Betracht kommenden Fällen der Nichtabnahme stets vorliege, den Besitz nach § 303 aufgeben könne. In diesem Sinne meint auch Crome,[130]) der Verkäufer habe hier oft kein Interesse, die Abnahme zu fordern. Striebinger[131]) endlich spricht sich in bejahendem Sinne für den Fall aus, daß der Käufer bei der Auflassung und Eintragung mitwirke und nur die körperliche Abnahme verweigere, weil den Verkäufer dann keinerlei Nachteile aus der Abnahmeverweigerung treffen könnten, da er ja das Grundstück nach § 303 preisgeben könne.

Selbst wenn wir unter körperlicher Abnahme Gestattung der Aufgabe des Gewahrsams verstehen, so ist der Beantwortung dieser Frage durch Striebinger nicht zuzustimmen. Wird nämlich im Falle der Aufgabe des Besitzes des Grundstücks nach § 303 dieses Grundstück verwüstet, so ist, worauf Jakobi[132]) mit Recht hinweist, der Verkäufer trotz des Annahmeverzuges dem Käufer verantwortlich, wenn er nicht den Nachweis erbringt, daß Annahmeverzug vorgelegen hat, und zwar kann dieser Nachweis von ihm bis zum Ablaufe der regelmäßigen Verjährungsfrist von 30 Jahren gefordert werden. Das fällt bei der Gestattung der Aufgabe fort. Somit ist die Rechtsstellung des Verkäufers bei der Abnahme günstiger als bei der Aufgabe nach § 303. Außerdem ist, wie weiter unten[133]) dargelegt, bei Nichtabnahme nicht stets auch Annahmeverzug gegeben, so daß in diesen Fällen eine Aufgabe des Besitzes gar nicht gestattet ist. Das Verlangen des Verkäufers nach Abnahme stellt somit auch in dem von Striebinger angeführten Falle keinen Rechtsmißbrauch dar. Allgemein ist diese Frage erst recht zu verneinen, da der Verkäufer, wie oben gezeigt, auch ein Interesse an der Befreiung vom Eigentum hat, nicht nur an der vom Besitze des Grundstücks.

---

[129]) a. a. O. Bd. 36.
[130]) a. a. O. Bd. 2 S. 425 Anm. 33.
[131]) a. a. O. S. 32.
[132]) a. a. O. S. 267.
[133]) vgl. § 33 dieser Abh.

§ 23.

e) Die Pflicht zur Abnahme beim Kaufe eines Rechts.

Während bei der Frage des Bestehens der Pflicht zur Abnahme eines Grundstücks der Wortlaut des Gesetzes für die Beantwortung in bejahendem Sinne sprach, ist das Gegenteil der Fall bei der Frage, ob eine Abnahmepflicht bezüglich eines gekauften Rechts besteht. Sachen im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind nach § 90 nur körperliche Gegenstände; Rechte, als unkörperliche Gegenstände, sind also keine Sachen. § 433 Abs. 2 bestimmt aber nur eine Abnahmepflicht gekaufter „Sachen". Folglich gibt es kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung keine Pflicht zur Abnahme eines Rechtes. Diese Schlußfolgerung ist zweifelsohne richtig und wird auch nicht bestritten. Während sich nun eine allgemeine Pflicht zur Abnahme eines jeden Rechts auch aus der Natur der Sache verbietet und daher u. W. einstimmig in der Literatur abgelehnt wird, ist dies nicht der Fall, wenn das Recht zum Besitze einer Sache berechtigt, z. B. beim Nießbrauche und Erbbaurechte bezüglich dieser Sache. Es fragt sich für diese Fälle, ob man nicht eine Abnahmepflicht bezüglich der Sache nach Analogie des § 433 Abs. 2 anzunehmen berechtigt ist. (Eine Anwendung des § 433 Abs. 2 selbst verbietet sich aus dem Grunde, weil diese Bestimmung nur die Abnahme der „gekauften" Sache betrifft.) Die herrschende Ansicht verneint diese Frage.

Crome[134]) sagt, das Gesetz habe sich gescheut, diese Verpflichtung dem Käufer aufzuerlegen. Die Beantwortung der Frage nach dem Bestehen einer solchen hänge von den Umständen ab.

Dem stimmen Düringer-Hachenburg[135]) bei und bemerken, daß in diesem Falle die Abnahme für den Umsatzvertrag kein naturale negotii sei. Daher könne sie aus dem Kaufvertrage nicht gefordert werden, wohl aber könne der Inhalt des gekauften Rechts für den Käufer die Verpflichtung ergeben, die Sache, zu deren Besitz er berechtigt werde, abzunehmen.

In ähnlichem Sinne sagt Dernburg,[136]) da das Bürgerliche Gesetzbuch keine Bestimmung treffe, entscheide hierüber die Parteiabsicht, wie sie sich insbesondere oft aus der Art des Geschäfts ergebe.

---

[134]) a. a. O. Bd. 2 S. 425.
[135]) a. a. O. Bd. 3 S. 50.
[136]) a. a. O. Bd. 2, 2 S. 36.

Planck[137]) und Windscheid-Kipp[138]) bezeichnen es übereinstimmend als eine „Auslegungsfrage".

Striebinger[139]) dagegen ist anderer Ansicht. Er will auf dem Wege der entsprechenden Anwendung von § 433 Abs. 2 stets eine Abnahmepflicht des Käufers eines Rechts, das zum Besitze einer Sache berechtigt, in bezug auf diese Sache herleiten und begründet das damit, daß dieselben Gründe, die für die Festsetzung der Abnahmepflicht sprächen, auch hier gälten: das Gesetz wolle den Verkäufer von der Last der Aufbewahrung der Sache befreien.

U. E. ist der herrschenden Meinung gegen Striebinger beizutreten: Eine Abnahmepflicht des Käufers eines Rechts gibt es nicht, auch nicht, wenn das Recht zum Besitze einer Sache berechtigt, hinsichtlich dieser Sache.

Es mag Striebinger zugegeben werden, daß vielfach die Gründe, die für die Auferlegung der Abnahmepflicht beim Kaufe von Sachen sprechen, auch beim Kaufe eines Rechts hinsichtlich der Sache, zu deren Besitz das Recht berechtigt, obwalten. Aber das ist auch bei anderen Umsatzverträgen öfters der Fall, und es besteht auch bei diesen keine Abnahmepflicht, weder eine ausdrücklich festgesetzte noch eine auf dem Wege entsprechender Gesetzesanwendung zu folgernde, und gegen die Abnahmepflicht bezüglich der Sache beim Kaufe eines Rechts, das zum Besitze dieser Sache berechtigt, sprechen eine Reihe gewichtiger Gründe. Es ist nicht nur nicht ausdrücklich eine solche Pflicht festgesetzt worden, sondern es läßt sich u. E. auch sogar der gegenteilige Wille des Gesetzgebers aus dem Gesetze schließen, wenn man Abs. 1 u. 2 des § 433 miteinander vergleicht. Der Verkäufer einer Sache wird in Abs. 1 zur Übergabe der Sache verpflichtet, und der Verkäufer eines Rechts, das zum Besitze einer Sache verpflichtet, ebenfalls zur Übergabe dieser Sache. Während das Gesetz also bei Festsetzung der Übergabepflicht des Verkäufers den hier in Frage stehenden Fall des Kaufs eines Rechts, das zum Besitze einer Sache berechtigt, regelt, schweigt es in Abs. 2 bei Festsetzung der Abnahmepflicht des Käufers davon.

Fernerhin ist aber auch folgendes zu beachten, worauf Windscheid-Kipp[140]) hinweisen: Vielfach kann der Inhaber eines Rechts, z. B. der Nießbraucher, einseitig auf sein Recht verzichten (§§ 1064, 875). Er wird daher auch die Mitwirkung zur Begründung dieses Rechts und somit auch die Abnahme der fraglichen Sache verweigern dürfen.

---

[137]) a. a. O. § 433 Anm. 7b Abs. 6.
[138]) a. a. O. Bd. 2 9. Aufl. S. 658.
[139]) a. a. O. S. 33 f.
[140]) a. a. O. Bd. 2 9. Aufl. S. 658.

Endlich spricht für unsere Meinung auch die schon mehrfach hervorgehobene Tatsache, daß die Festsetzung der Abnahmepflicht eine Berücksichtigung der Interessen des Verkäufers ist, die eine Ausnahme bildet. Eine solche Ausnahme darf aber auf dem Wege der Analogie nicht weiter ausgedehnt und verallgemeinert werden.

Nach alledem wird es also beim Verkaufe eines Rechts, das zum Besitze einer Sache berechtigt, darauf ankommen, ob die Parteien eine Abnahmepflicht des Käufers bezüglich dieser Sache ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart haben. Dann ist aber eine Abnahmepflicht aus dem Vertrage, nicht nach Analogie des § 433 Abs. 2 gegeben.

§ 24.

f) Die Natur der Abnahmepflicht als naturale negotii.

Die Bestandteile eines jeden Rechtsgeschäfts scheidet man in essentialia, naturalia und accidentalia negotii. Die essentialia sind die zur Kennzeichnung des Rechtsgeschäfts wesentlichen Bestandteile. Ein Ausschließen derselben durch die Parteien hat zur Folge, daß ein anderes Rechtsgeschäft vorliegt. Essentialia sind z. B. beim Kauf unbestrittenermaßen die Zahlung des Kaufpreises in Geld und die Verpflichtung des Verkäufers zur Eigentumsübertragung. Fehlt ein solches, so liegt kein Kauf vor. Naturalia sind die vom Gesetz mangels Parteiverabredung festgesetzten Nebenbestimmungen, die den mutmaßlichen Willen der Parteien zum Ausdruck bringen sollen. Sie können daher, wenn sie mit dem Parteiwillen nicht im Einklang stehen, durch anderweitige Parteiverabredung aufgehoben und verändert werden, ohne daß das Rechtsgeschäft dadurch seine Eigenart verliert. Die Bedeutung einer Bestimmung als naturale negotii liegt darin, daß dadurch die Parteien von dem Beweise einer diese Verpflichtung begründenden besonderen — ausdrücklichen oder stillschweigenden — Vereinbarung befreit werden, daß vielmehr derjenige, der ihr Fehlen oder eine sie abändernde Verabredung behauptet, den Nachweis einer Vereinbarung dieses Inhalts zu führen hat.[141]) Naturalia sind z. B. beim Kauf die Bestimmungen über Ort und Zeit der Lieferung. Accidentalia endlich sind die vertraglich festgelegten Nebenbestimmungen eines Rechtsgeschäfts. Beim Kauf z. B. würde die Verpflichtung des Verkäufers zur Zahlung einer Vertrags-

[141]) vgl. in diesem Sinne auch RGZ. Bd. 97 S. 49 ff. Wir entscheiden uns also für die Einredetheorie. Bezüglich der Literatur über den Streit zwischen Einrede- und Leugnungstheorie s. genannte Entscheidung des Reichsgerichts.; vgl. auch Planck a. a. O. § 433 Anm. 7 b.

strafe für den Fall nicht rechtzeitiger Übergabe der gekauften Sache ein accidentale negotii sein.

Die Abnahmepflicht des Käufers als accidentale zu betrachten, ist aus dem Grunde unmöglich, weil das Gesetz sie ausdrücklich festsetzt. Dagegen besteht Streit darüber, ob die Abnahmepflicht ein essentiale oder ein naturale negotii sei.

Die Ansicht, daß sie ein essentiale sei, wird hauptsächlich von Düringer-Hachenburg[142]) vertreten. Zur Begründung führen sie aus, das Bürgerliche Gesetzbuch habe in § 433 diejenigen Pflichten hervorheben wollen und hervorgehoben, die es für das Bestehen des Kaufvertrages als wesentlich ansehe. Hierzu verweisen sie auf die Motive (Bd. 2 S. 317 ff.).[143]) Weiterhin bemerken sie dann: Wenn daher der Käufer weder zur Zeit der sonstigen Vertragserfüllung noch in irgendeinem späteren Zeitpunkte zur Abnahme verpflichtet sei, so liege kein Kaufvertrag vor und der Umsatz von Ware gegen Geld, wie das Bürgerliche Gesetzbuch ihn in seinen Vorschriften über den Kauf geregelt habe, finde nicht statt. Die Abnahme sei die der Übergabe durch den Verkäufer gleichwertige Hauptleistung des Käufers.

Die herrschende Ansicht,[144]) der wir uns anschließen, erklärt im Gegensatz hierzu die Abnahmepflicht für ein naturale negotii.

Gegen die Ansicht Düringer-Hachenburgs wendet sich vor allem das Reichsgericht[145]) mit Gründen, die u. E. durchschlagend sind, und bekämpft sie auf das entschiedenste. Düringer-Hachenburg, so führt es aus, bauten ihre Darlegungen augenscheinlich auf einer Verwechslung der Begriffe der essentialia und naturalia negotii auf. Die wesentlichen Bestandteile des Kaufs seien auch nach Bürgerlichem Gesetzbuche auf seiten des Verkäufers die Verpflichtung zur Verschaffung der Kaufsache, auf seiten des Käufers die zur Zahlung des Kaufpreises. Nur diese Bestimmungen dienten zur Kennzeichnung des Kaufs. Die Abnahmeverpflichtung des Käufers sei durch die Gesetzesvorschrift des § 433 Abs. 2 lediglich

---

[142]) a. a. O. Bd. 3 S. 50, 108 f.; ebenso Rosenthal a. a. O. S. 30; gegen Düringer-Hachenburg: RGZ. Bd. 57 S. 11 f. und dieser Entscheidung zustimmend Staudinger a. a. O. Anm. IX, 2 d.

[143]) Mugdan, Mat. Bd. 2 S. 176; von uns in § 14 S. 50 angeführt.

[144]) So: Crome a. a. O. Bd. 2 S. 146, 424; Dernburg a. a. O. Bd. 2, 2 S. 35; Lippmann a. a. O. („kein Charakteristikum"); Matthiaß a. a. O. S. 513; Oberlosskamp a. a. O. S. 64; Oertmann a. a. O. § 433 Anm. 3 aβ; Planck a. a. O. § 433 Anm. 7 b; Schütze a. a. O. S. 31; Siber a. a. O. S. 43 (nicht ausdrücklich, es geht aber aus seinen Ausführungen hervor); Sprenger a. a. O. S. 604; Staudinger a. a. O. § 433 Anm. IX, 2 d; Striebinger a. a. O. S. 58 f.; RGZ. Bd. 57 S. 110 und das OLG. Marienwerder v. 14. 4. 1903 in Seufferts Arch. Bd. 59 S. 133.

[145]) RGZ. Bd. 57 S. 110 f.

als eine solche Wirkung des Kaufvertrages bestimmt, die ihm in der Regel zukomme, die ihm aber nicht wesentlich sei, vielmehr von den Parteien ausgeschlossen werden könne. Weder das Gesetz selbst noch seine Vorarbeiten böten für die entgegengesetzte Auffassung hinreichenden Anhalt. Das Reichsgericht weist dann darauf hin, daß die von Düringer-Hachenburg angezogene Stelle in den Motiven[146]) ausdrücklich besagt: „Schwiege das Gesetz, so würde die Abnahmepflicht als naturale negotii verneint erscheinen", und somit gegen Düringer-Hachenburg spricht.

Die Auffassung der Motive wird auch in den Protokollen[147]) zum Ausdruck gebracht. Diese führen nämlich aus, es entspreche der mutmaßlichen Absicht der Parteien und dem Verkehrsbedürfnisse, wenn das Gesetz die Abnahmepflicht als ein naturale negotii anerkenne. Auch auf diese Stelle verweisen merkwürdigerweise Düringer-Hachenburg[148]) selbst, und aus ihren dortigen Ausführungen läßt sich nur der Schluß ziehen, daß sie die Ansicht der Protokolle teilen. Auf diesen Widerspruch in den Darlegungen Düringer-Hachenburgs weist auch das Reichsgericht in der angeführten Entscheidung hin.

In dieser führt es weiterhin aus: Wenn man aus dem Wortlaute des Gesetzes, „der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen", den Schluß ziehe, daß die beiden dort aufgezählten Schuldnerleistungen der Kaufpreiszahlung und der Abnahme gleichwertig seien, weil sie gleichartig nebeneinander aufgezählt seien, so sei das eine Überspannung des Erfordernisses der Abnahmepflicht beim Kaufvertrage. Es sei kein Grund ersichtlich, weshalb der Gesetzgeber dazu kommen sollte, einen derartigen Wert auf die Abnahme zu legen. Das Unannehmbare dieser Auffassung zeigt das Reichsgericht dann, indem es ihre Tragweite an einem Beispiele dartut: Wenn nämlich ein Vertrag, der sonst allen Erfordernissen eines Kaufvertrages entspreche, die Verabredung enthalte, daß der Verkäufer bei Nichtabnahme, abgesehen von seinem Rechte auf Zahlung des Kaufpreises und den damit verbundenen weiteren Rechtsfolgen, lediglich das Recht des Selbsthilfeverkaufs aus §§ 383 ff. BGB. und § 373 BGB. haben solle, so sei dieser Vertrag nach der von Düringer-Hachenburg vertretenen Ansicht kein Kaufvertrag.

Gegen die Bemerkung Düringer-Hachenburgs, insbesondere daß beim Fehlen einer Abnahmepflicht ein Umsatz von Ware gegen Geld, wie ihn das Gesetz in den Bestimmungen über den Kauf

---

[146]) Mugdan, Mat. Bd. 2 S. 176, von uns in § 14 auf S. 50 angeführt.
[147]) Mugdan, Mat. Bd. 2 S. 766, von uns in § 14 auf S. 52 angeführt.
[148]) a. a. O. Bd. 3 S. 50.

geregelt habe, nicht stattfinde, wenden sich Oberloskamp und Striebinger.

Ersterer[149]) weist auf andere Umsatzverträge, z. B. die Miete, hin, in denen jede Abnahmepflicht fehle, um zu zeigen, daß es bei diesen Geschäften auf den tatsächlichen Umsatz nicht ankommen könne.

Auch Striebinger[150]) meint, ein Umsatzvertrag von Ware gegen Geld könne sehr wohl ohne körperliche Abnahme erfolgen.

In dieser Beziehung sei dann auch noch auf den Fall hingewiesen, daß die gekaufte Sache nicht abgenommen wird, weil der Käufer die Sache schon besitzt und das Eigentum durch brevi manu traditio übertragen wird. Auch hier liegt u. E. zweifellos ein Kauf vor trotz fehlender Abnahme kraft Parteiwillens.[151])

Als Ergebnis sei also festgehalten: Die Abnahmepflicht ist ein naturale negotii. Deshalb ist der Verkäufer einer Sache, wie Planck[152]) hervorhebt, von dem Beweise einer diese Verpflichtung begründenden besonderen — ausdrücklichen oder stillschweigenden — Vereinbarung befreit, vielmehr hat der Käufer, der das Bestehen der Abnahmepflicht bestreitet, den Nachweis einer die Abnahmepflicht ausschließenden Verabredung zu erbringen.

Fünfter Abschnitt.

Voraussetzungen und Bedingungen der Abnahme.

§ 25.

a) Die Voraussetzungen.

Eine Abnahmepflicht besteht, wie schon früher bemerkt und worauf die Motive[1]) hinweisen, nur, wenn die Sache vertragsmäßig angeboten ist. Das ist auch allgemein anerkannt.[2]) Es ergibt sich aus den allgemeinen Vorschriften, die für jede Leistung gelten. Darnach muß das Angebot zur rechten Zeit, am rechten Ort und in der rechten Weise erfolgen. Die angebotene Sache

---

[149]) a. a. O. S. 64.
[150]) a. a. O. S. 59.
[151]) vgl. § 13 dieser Abh.
[152]) a. a. O. § 433 Anm. 7 b.
[1]) Mugdan, Mat. Bd. 2 S. 176, von uns in § 14 S. 50 angeführt.
[2]) So Dernburg a. a. O. Bd. 2, 2 S. 35; Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. 3 S. 51 f.; Fischer-Henle a. a. O. § 433 Anm. 11; Oertmann a. a. O. § 433 Anm. 3 b; Planck a. a. O. § 433 Anm. 7 b Abs. 5; Staub a. a. O. Exkurs vor § 373 Anm. 69; Striebinger a. a. O. S. 17.

muß ferner ganz und ungeteilt angeboten werden und die vertragsmäßigen Eigenschaften besitzen, sowohl was Menge als auch was Güte betrifft. Bezüglich des letzten Gesichtspunktes ist im einzelnen folgendes zu bemerken:

Mängel der Kaufsache berechtigen den Käufer grundsätzlich nicht, die Abnahme abzulehnen. Er kann dies nur dann, wenn der Mangel so erheblich ist, daß der Käufer aus ihm ein Recht herleiten kann, das ihn der Annahme als Erfüllung enthebt oder die Folgen dieser Annahme wieder aufhebt, wie z. B. die Wandlung. Ist der Mangel unbedeutend, so kann der Käufer die Abnahme nicht verweigern, er kann lediglich verlangen, daß er zur Abnahme nicht anders als gegen eine angemessene Ermäßigung des Kaufpreises erachtet wird.[3])

Neumann[4]) und Striebinger[4a]) wollen dem Käufer das Recht zur Verweigerung der Abnahme wegen jedes geringfügigen Mangels geben. Das widerspricht u. E. dem Grundsatze von Treu und Glauben im Verkehr[5]) und findet auch in keiner Weise eine Stütze im Gesetz.

Das oben Ausgeführte gilt auch für den Fall, daß das angebotene Grundstück nicht die vertragsmäßige Größe hat. Das Reichsgericht[6]) nimmt in diesem Falle ein Recht zur Verweigerung der Abnahme dann an, wenn der Größenunterschied derartig ist, daß der Käufer kein Interesse mehr an dem Erwerbe des angebotenen Grundstücks hat. Mit dem Reichsgericht stimmen Dernburg[7]) und Staudinger[8]) überein. Dem ist mit Rücksicht auf § 468 zuzustimmen, wonach der Käufer wegen Mangels der zugesicherten Größe Wandlung nur verlangen kann, wenn der Mangel so erheblich ist, daß die Erfüllung des Vertrages für den Käufer kein Interesse hat. Ist der Mangel nicht so erheblich, so kann der Käufer, ebenso wie bei geringfügigen Mängeln, nur verlangen, daß er zur Abnahme lediglich gegen angemessene Ermäßigung des Kaufpreises für verpflichtet erklärt wird.[8a])

Eine weitere Voraussetzung der Abnahmepflicht ist die, daß die abzunehmende Sache vorhanden und der Verkäufer, sein Besitzdiener oder Besitzmittler — unter Umständen die die Versendung ausführende Person oder Anstalt — imstande und bereit ist, die Sache abnehmen zu lassen. Das ergibt sich aus der einfachen

[3]) Ebenso: RGZ. Bd. 53 S. 74.
[4]) a. a. O. § 433 Anm. IV, 1 b.
[4a]) a. a. O S. 17.
[5]) Ebenso Dernburg a. a. O. Bd. 2, 2 S. 35 Anm. 4 und Staub a. a. O. Exkurs vor § 373 Anm. 69.
[6]) RGZ. Bd. 53 S. 74.
[7]) a. a. O. Bd. 2, 2 S. 35 Anm. 4.
[8]) a. a. O. § 433 Anm. IX, 2 c.
[8a]) Ebenso: OLG. Königsberg (15. 10. 1904) im Recht 1905 S. 133.

Erwägung, daß eine körperliche Hinwegnahme nur möglich ist, wenn die Sache hierzu bereit steht. Ein Vorhandensein und Bereitstehen wird denn auch allgemein[9]) als Voraussetzung der Abnahmepflicht angesehen.

Nicht erforderlich ist dagegen u. E. das Ausscheiden beim Kauf einer Gattungssache, wenn der Käufer diese abzuholen hat.[10]) Denn wenn die Sache so, wie sie ist, weggeholt werden kann, kann der Käufer nichts dagegen haben, wenn mehrere Sachen von der Art wie die geschuldete statt der einen bereitstehen.

Sind aber bei den abzunehmenden der Gattung nach bestimmten Sachen Vorkehrungen zu treffen, die die Abnahme erst ermöglichen, so müssen diese mindestens bei so vielen Gattungssachen, als geschuldet werden, getroffen sein, wenn eine Abnahmepflicht des Käufers gegeben sein soll. Die Ware muß z. B. verladefähig, die Kohlen gefördert[11]) sein.

Es fragt sich nun des weiteren, wo und wann abzunehmen ist, wer die Kosten der Abnahme trägt, und ob eine Pflicht zur Vornahme der Hilfshandlungen der Abnahme besteht. Diese Fragen seien in den nächsten Paragraphen erörtert.

§ 26.

b) Der Ort.

Nach § 269 ist für die Bestimmung des Orts, an dem die Leistung zu geschehen hat, in erster Linie Parteivereinbarung maßgebend. Ist eine solche nicht gegeben, so ist der Ort aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses zu entnehmen. Bieten auch diese keinen Anhalt, so hat die Leistung an dem Ort zu erfolgen, an dem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte. Ist die Verbindlichkeit im Gewerbebetriebe des Schuldners entstanden, so tritt, wenn der Schuldner seine gewerbliche Niederlassung an einem anderen Orte hatte, der Ort der Niederlassung an Stelle des Wohnsitzes.

Für den Ort der Abnahme gilt nun folgendes: Vorab sei die Auffassung zurückgewiesen, daß die Ware dort abzunehmen sei, wo sie sich zur Zeit der Klage befindet. Dies ist nur dann

---

[9]) So Fischer-Henle a. a. O. § 433 Anm. 11; Oertmann a. a. O. § 433 Anm. 3 a δ; RG. in RGZ. Bd. 53 S. 163, Bd. 56 S. 173 ff. und in Holdheims Wochenschr. Bd. 14 S. 186; Staudinger a. a. O. § 433 Anm. IX, 2 f; Staub a. a. O. Exkurs vor § 373 Anm. 68.

[10]) Ebenso Schütze a. a. O. S. 30 f. und Staub a. a. O. Exkurs vor § 373 Anm. 68.

[11]) Staub a. a. O. Exk. vor § 373 Anm. 68.

der Fall, wenn dieser Ort mit dem zusammenfällt, an dem nach den weiter unten zu entwickelnden Regeln die Abnahme zu erfolgen hat. Der Erfüllungsort für die Abnahme ändert sich ferner nicht dadurch, daß der Käufer die Abnahme verweigert oder verzögert oder die Ware zurückgehen läßt, unbeschadet der sonstigen rechtlichen Folgen dieser Handlungsweise.[12])

Die erste Möglichkeit des § 269, die Bestimmung des Orts der Abnahme durch Parteivereinbarung, macht keine Schwierigkeiten. Ein solcher Fall ist beispielsweise auch der Versendungskauf, bei welchem in der Abrede der Versendung nach dem Bestimmungsorte auch stillschweigend die Vereinbarung einbegriffen ist, daß die Abnahme am Bestimmungsorte zu geschehen habe.[13])

Ist aber keine Vereinbarung, weder eine stillschweigende, noch eine ausdrückliche, getroffen, so ist folgendes zu berücksichtigen: Die der Abnahmehandlung des Käufers entsprechende Tätigkeit des Verkäufers ist, wie oben[14]) gezeigt, die Übergabe. Sie ist die notwendige Voraussetzung der Abnahme, wie umgekehrt eine Übergabe ohne Abnahme nicht stattfinden kann. Beide müssen aber, das folgt aus ihrem Begriffe und Verhältnis zueinander, an demselben Orte erfolgen. Unter diesen Umständen muß aber der Ort, an dem die Haupthandlung zu geschehen hat, der maßgebende sein. Die Übergabe ist aber zweifellos bedeutsamer und wichtiger als die Abnahme. Die Übergabepflicht ist in der Regel tatsächlich eine Hauptpflicht, ein essentiale negotii, die Abnahmepflicht eine Nebenpflicht, ein naturale negotii. Es kommt daher als Ort der Abnahme, abgesehen von dem erörterten Falle der Parteivereinbarung über diesen selbst, der Ort in Betracht, an dem nach § 262 die Übergabe zu geschehen hat,[15]) also ein für die Übergabe vereinbarter, ein aus den Umständen, insbesondere der Natur der Übergabe sich ergebender Leistungsort, oder endlich der Wohnsitz oder die gewerbliche Niederlassung des Verkäufers zur Zeit des Kaufabschlusses. So ergibt sich beispielsweise beim Bringkauf aus den Umständen, nämlich der Verabredung, die Sache zu bringen, daß die Übergabe an dem Orte zu erfolgen hat, an den die Sache gebracht werden soll.[16])

Diese Regeln ändern sich nicht, wenn der Verkäufer die Versendung übernommen hat und sich hierzu eines Erfüllungs-

---

[12]) Ebenso Staub a. a. O. Exkurs vor § 373 Anm. 73; RG. in RGZ. Bd. 49 S. 72 ff. und in JurW. 1902 S. 146.

[13]) Ebenso Planck a. a. O. § 433 Anm. 8 aβ Abs. 1 und Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. 3 S. 51; and. M. RGZ. Bd. 49 S. 75 f.

[14]) § 13 S. 48 f. dieser Abh.

[15]) Ebenso Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. 3 S. 50.

[16]) Ebenso Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. 3 S. 51.

gehilfen nach § 278 bedient. In diesem Falle kommt die von dem Verkäufer an den Erfüllungsgehilfen geschehene Auslieferung für die vorliegende Frage rechtlich nicht in Betracht. Die Rechtslage ist genau so, als ob der Verkäufer, der ja immer noch den Besitz hat, selbst die Versendung ausführte. Es kommt lediglich die Übergabe durch den Erfüllungsgehilfen am Bestimmungsorte in Betracht.

Nach alledem wird man also nicht sagen dürfen, der Erfüllungsort für die Abnahme sei in der Regel der, an dem der Käufer, der Schuldner der Abnahme, zur Zeit des Abschlusses des Kaufvertrages seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hatte, wie dies Makower[17]) allgemein tut, Crome,[18]) Neumann,[19]) Planck,[20]) Staudinger[21] und das Reichsgericht[22]) allerdings nur für den Fall des Kaufs einer Gattungssache tun.

Das Reichsgericht begründet seine Auffassung damit, daß „gerade die zu dieser Zeit vorhandene individuelle Unbestimmtheit des Kaufgegenstandes die Annahme ausschließe, daß etwa mit Rücksicht auf den letzteren, der bei der Erfüllung der Abnahmeverpflichtung des Käufers hauptsächlich in Betracht komme, aus der Natur des Schuldverhältnisses ein anderer Ort für die Erfüllung dieser Verpflichtung anzunehmen sei". Dem halten wir folgendes entgegen: Die Rücksicht auf den Kaufgegenstand und seine Unbestimmtheit veranlaßt uns auch nicht zu der Annahme eines anderen Erfüllungsortes für die Abnahme, sondern das oben näher dargelegte Verhältnis der Abnahme zur Übergabe.

Bei Grundstücken endlich kann natürlich die Gestattung der Aufgabe an beliebigem Orte erklärt werden. Die Mitwirkung bei der Auflassung und Eintragung hat vor der zuständigen Behörde zu erfolgen. Welche Behörde zuständig ist, bestimmt sich nach der Lage des Grundstücks. Diese Regeln sind vernünftigerweise aus der Natur des Schuldverhältnisses zu schließen.

§ 27.

c) Die Zeit.

Die Zeit der Abnahme richtet sich gemäß § 271, wie die einer jeden Leistung, in erster Linie nach einer etwaigen Parteivereinbarung hierüber, beim Fehlen einer solchen nach den Umständen.

---

[17]) a. a. O. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. X a 2.
[18]) a. a. O. Bd. 2 S. 1164 Berichtigung zu Note 32.
[19]) a. a. O. § 433 Anm. IV, 2.
[20]) a. a. O. § 433 Anm. 8 a β.
[21]) a. a. O. § 433 Anm. IX, 2 g.
[22]) RGZ. Bd. 49 S. 75.

Entsprechend den Erörterungen in den §§ 13[23]) u. 26[24]) kommt als hauptsächlich zu berücksichtigender Umstand die Tatsache in Betracht, daß die zeitlich mit der Abnahme zusammenfallende Übergabe eine notwendige Voraussetzung zur Abnahme bildet, die Übergabe ferner Haupt-, die Abnahme aber Nebenleistung ist. Daher ist die Zeit der Übergabe auch für die Abnahme maßgebend. Die Abnahme ist demnach an dem hierfür verabredeten Zeitpunkte, in Ermanglung einer solchen Vereinbarung dann fällig, wenn der Verkäufer in dem Zeitpunkte, in dem er zur Übergabe bereit sein muß, auch tatsächlich hierzu bereit ist.[25])

Die Übergabe ihrerseits hat aber nach § 271 in dem Zeitpunkte zu geschehen, den eine hierauf sich beziehende Parteiverabredung bestimmt oder den die Umstände ergeben, wenn eine solche Verabredung nicht getroffen worden ist. Bieten diese beiden Gesichtspunkte aber keinen Anhalt, so ist sofort zu übergeben.

§ 271 Abs. 2 ist jedoch nicht in dem Sinne zu deuten, daß diese Bestimmung lediglich für die Übergabe in Betracht käme und an dem sich hiernach ergebenden Zeitpunkte der tatsächlich, wenn auch vor Fälligkeit erfolgten Übergabe der Käufer abnehmen müßte. Im allgemeinen hat nämlich der Gläubiger einen Vorteil, wenn der Schuldner vor Fälligkeit leistet. Der Gesetzgeber hat daher eine verfrühte Leistung, die der Schuldner aus irgendeinem Grunde macht, im Interesse des Gläubigers gestattet. Eine solche vorzeitige Leistung ist aber nicht zu gestatten, wenn dem Gläubiger durch die Leistung des Schuldners Pflichten unter Umständen, wie z. B. beim Kauf, sogar sehr lästiger Art entstehen. U. E. ist daher § 271 Abs. 2 unmittelbar auf die Abnahme anzuwenden, also unter Leistung die Abnahme zu verstehen. Als Zeitpunkt für die Abnahme ist entsprechend unserer obigen Fassung der Zeitpunkt anzusehen, an dem der Verkäufer zur Übergabe bereit sein muß und ist (nicht: übergeben darf!). Eine frühere Abnahme kann der Verkäufer daher nicht verlangen. Andererseits ist natürlich ein auf § 271 Abs. 2 gestütztes Verlangen des Käufers nach vorzeitiger Übergabe (da er ja vor Fälligkeit abnehmen dürfe) aus denselben Gründen abzulehnen.

Will man die Bestimmung aber, wie oben angedeutet, dahin auslegen, daß sie nur für die Übergabe als Hauptleistung und Voraussetzung der Abnahme in Betracht komme, so wird das Ergebnis infolge des anzuwendenden Grundsatzes von Treu und Glauben immerhin ein erträgliches bleiben.

---

[23]) S. 47 ff. dieser Abh.

[24]) S. 95 f. dieser Abh.

[25]) Ebenso Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. 3 S. 51: „Die Verpflichtung zur Abnahme besteht in dem Zeitpunkte, in welchem der Verkäufer zu übergeben oder abzuliefern hat".

Für den Versendungskauf gelten dieselben Regeln, nur daß die Übergabetätigkeit der die Versendung ausführenden Person an die Stelle der Tätigkeit des Verkäufers tritt. Der Verkäufer hat nämlich mit der Auslieferung an die Versendungsperson und mit Erteilung des Auftrages, die Ware dem Käufer zu übergeben, zwar alles getan, was er zur Übergabe tun kann, aber die Übergabe ist noch nicht vollendet, der Käufer hat den unmittelbaren Besitz noch nicht. Erst wenn er diesen hat, ist die Übergabe vollendet. Im Verhältnis zum Käufer ist die Versendungsperson Stellvertreter des Verkäufers. Aus diesem Gedankengang rechtfertigt und erklärt sich unsere Entscheidung.

Wie sich aus den Ausführungen in diesem und dem vorhergehenden Paragraphen ergibt, lassen sich Ort und Zeit der Abnahme ohne Schwierigkeiten mit Hilfe des Begriffes der Übergabe und der Vorschriften hierüber bestimmen. Man braucht daher zu diesen Feststellungen nicht zu dem überaus bestrittenen Begriffe der Ablieferung zu greifen, wie dies vielfach [26]) geschieht. Für die Richtigkeit unserer Ansicht spricht, wie nochmals bemerkt sei, im Gegensatz zu der letzteren das Gesetz.

§ 28.

d) Kosten und Hilfshandlungen.

Die Kosten der Abnahme fallen gemäß § 448 nebst denen der Versendung nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte dem Käufer zur Last. Gegenüber dieser klaren Gesetzesbestimmung besteht kein Streit über diese Frage.

Was nun weiterhin die Frage der Hilfshandlungen der Abnahme anbetrifft, so ist aus der Tatsache, daß § 433 Abs. 2 den Käufer zur Abnahme verpflichtet, die Folgerung zu ziehen, daß das Gesetz auch zur Vornahme solcher Handlungen verpflichtet, die die Abnahme erst ermöglichen. Das ergibt sich aus dem allgemeinen Grundsatze von Treu und Glauben.[27]) Denn wenn eine solche Pflicht nicht bestände, so wäre in sehr vielen, vielleicht gerade in den dringendsten Fällen die Abnahmepflicht ohne jede Bedeutung und Wirkung.

Den Umfang der Pflicht zur Vornahme von Hilfshandlungen begrenzt Rosenberg[28]) richtig dahin, daß sie nur in bezug auf solche Handlungen gegeben sei, welche unmittelbar die Abnahme herbeiführen sollen. Zur Beleuchtung dieses Satzes führt er dann

[26]) So Hoberstein im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 25 S. 74 f.; Lehmann-Hiring a. a. O. § 373 Anm. 5; Striebinger a. a. O. S. 61 f. u. a. m.

[27]) Ebenso Striebinger a. a. O. S. 61.

[28]) a. a. O. S. 265.

als Beispiel an, daß jemand auf Grund der Pflicht zur Abnahme einer Ladung Teer, bei deren Kauf er die Lieferung der Fässer übernommen habe, auf Lieferung dieser Fässer verklagt werden könne. Weitere Hilfshandlungen, die die Abnahme erst ermöglichen, sind die Vornahme der Wahl bei einer Wahlschuld und die Vornahme der Bestimmung beim Bestimmungs- oder Spezifikationskaufe. Erstere ist in § 264 Abs. 2 geregelt. Über letztere handelt § 375 HGB., sie wird in folgenden Paragraphen näher besprochen werden.

Soweit nun das Dasein einer Abnahmepflicht überhaupt zugegeben wird, ist kein Streit über das Bestehen einer Pflicht zur Vornahme von Hilfshandlungen, die die Abnahme erst ermöglichen. Aber in bezug auf die Begründung der Beantwortung dieser Frage bestehen einige Meinungsverschiedenheiten.

Düringer-Hachenburg[29]) betrachten diese Pflicht als Teil der Abnahmepflicht, die im Einzelfalle einen größeren oder geringeren Umfang habe, und führen im einzelnen aus: Der Käufer könne sich verpflichtet haben, für die Abnahme besondere Vorkehrungen zu treffen, z. B. die Stellung von Fässern und Kisten. Aber auch ohne besondere Abrede habe der Käufer bei der Ablieferung (richtiger „Übergabe", wie oben[30]) gezeigt) mitzuwirken und erfülle seine Abnahmepflicht nur dann, wenn er dem Verkäufer seine Ablieferungspflicht (richtiger: „Übergabepflicht")[31]) ermögliche. Die aus dieser Ansicht zu ziehende Schlußfolgerung ist die, daß der Käufer, der mit einer solchen Hilfshandlung in Verzug kommt, in Abnahmeverzug kommt.

Dem ist u. E. nicht beizupflichten. In diesem Sinne führt das Reichsgericht,[32]) dem von Staudinger[33]) zugestimmt wird, aus: Wenn auch möglicherweise im kaufmännischen Verkehr die Ausdrücke „Abnahme" und „abnehmen" Sammelnamen seien für alle Handlungen des Käufers, die er vom Kaufabschlusse bis zur Entgegennahme der Ware vorzunehmen habe,[34]) so habe doch der rechtliche Begriff der Abnahme in § 433 Abs. 2 diese allgemeine Bedeutung nicht. Wohl könne aus dieser Vorschrift abgeleitet werden, daß eine nach der Natur des einzelnen Geschäfts gebotene oder verkehrsübliche oder endlich besonders vereinbarte Mitwirkung des Käufers zur Ablieferung der Kaufsache neben der Verpflichtung zur Abnahme, aber nicht als Teil derselben eine

---

[29]) a. a. O. Bd. 3 S. 50 f.
[30]) vgl. §§ 13, 26 f. dieser Abh.
[31]) vgl §§ 13, 26 f. dieser Abh.
[32]) RGZ. Bd. 56 S. 177 f.
[33]) a. a. O. § 433 Anm. IX 2 a Abs. 5.
[34]) vgl. § 6 S. 18 dieser Abh.

klagbare Verpflichtung des Käufers zur Vornahme auch jener Mitwirkung begründen könne. Der Verzug mit einer solchen Verpflichtung sei, soweit nicht § 264 in Betracht komme, wie jeder andere Schuldnerverzug zu beurteilen.

Für den Fall des im folgenden Paragraphen näher erörterten Bestimmungskaufes wendet sich auch Makower[35]) im Einklang mit dieser Entscheidung gegen die Ansicht, daß der Bestimmungsverzug eine Art des Abnahmeverzuges sei. Der Abnahmeverzug könne nur dann in Frage kommen, so führt er aus, wenn der Verkäufer die Ware tatsächlich zu seiner Verfügung habe, der Bestimmungsverzug auch ohne dies, z. B. wenn der Verkäufer erst auf Grund dieser Bestimmung Rohstoffe anzuschaffen in der Lage sei.

§ 29.

e) Die Spezifikation und ihre Beziehungen zur Abnahme.

Bevor § 375 HGB. galt, hatte das Reichsgericht[36]) eine Klage auf Spezifikation oder Bestimmung aus dem im vorigen Paragraphen erörterten Grunde zugelassen, weil sie eine Hilfshandlung der Abnahme ist, die diese erst ermöglicht, und die Abnahmepflicht ohne eine Pflicht zur Bestimmung in den Fällen, daß eine solche vorher erfolgen muß, ohne Wirkung und Bedeutung ist.

Heute ist die Frage, ob den Käufer eine Pflicht zur Bestimmung trifft, für das Handelsrecht durch § 375 HGB. geregelt. Dieser lautet: „Ist bei dem Kaufe einer beweglichen Sache dem Käufer die nähere Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse vorbehalten, so ist der Käufer verpflichtet, die vorbehaltene Bestimmung zu treffen.

Ist der Käufer mit der Erfüllung dieser Verpflichtung im Verzuge, so kann der Verkäufer die Bestimmung statt des Käufers vornehmen oder gemäß § 326 BGB. Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrage zurücktreten. Im ersten Falle hat der Verkäufer die von ihm getroffene Bestimmung dem Käufer mitzuteilen und ihm zugleich eine angemessene Frist zur Vornahme einer anderweitigen Bestimmung zu setzen. Wird eine solche innerhalb der Frist von dem Käufer nicht vorgenommen, so ist die von dem Verkäufer getroffene Bestimmung maßgebend".

---

[35]) a. a. O. § 375 Anm. I e; vgl. auch die dort angeführte Literatur, insbesondere in demselben Sinne Staub a. a. O. § 375 Anm. 2, 12.

[36]) RGZ. Bd. 26 S. 216; Bolze, Praxis Bd. 8 N. 493; dagegen Oertmann, Der Kauf „mit Spezifikation", im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 85 S. 221. Wenn im weiteren Verlaufe Oertmann angeführt ist, so ist sein Kommentar gemeint.

Daß eine Bestimmungspflicht des Käufers besteht, ist heute im allgemeinen wenig bestritten.

Jakobi[37]) allerdings will sie, wie er dies auch bezüglich der Abnahmepflicht tut, davon abhängig machen, daß dem Verkäufer eine Sorge für die Ware im Interesse des Käufers obliegt.

Makower[38]) sieht in der Vornahme der Bestimmung nur die Ausübung eines Rechts, nicht die Erfüllung einer Pflicht des Käufers. Daran, daß der Käufer zahle und abnehme, so führt er aus, könne der Verkäufer ein Interesse haben, aber unter keinen Umständen daran, daß er bestimme, wenn er nur trotz Nichtbestimmung abnehme und zahle.

Die Ansicht dieser beiden Schriftsteller ist aber für den Handelskauf mit dem klaren Wortlaute des § 375 HGB., der den Käufer bedingungslos zur Vornahme der Bestimmung „verpflichtet", nicht vereinbar. In dieser Beziehung gelten die meisten für die Pflichtnatur der Abnahmeverbindlichkeit des Käufers ausgeführten Beweisgründe. Die einzige Schranke auch dieses Paragraphen ist § 226 BGB. Makower insbesondere ist zu entgegnen, daß die Pflicht zur Abgabe einer Willenserklärung (eine solche ist ja die Bestimmung) doch nicht deshalb aufhört, Pflicht zu sein, weil die Abgabe durch den Verpflichteten selbst nicht erzwungen werden kann, sondern für den Fall der Nichtabgabe ein Ersatzmittel geschaffen wird, wie es im Falle des § 375 HGB. die Vornahme der Bestimmung durch den Verkäufer ist. Andere Willenserklärungen, zu deren Abgabe unbestritten eine Pflicht besteht, können selbst auch nicht erzwungen werden; die Vollstreckung einer solchen Pflicht geschieht vielmehr nach § 894 ZPO. dadurch, daß die Willenserklärung als abgegeben gilt, sobald das die Verpflichtung zur Abgabe aussprechende Urteil Rechtskraft erlangt hat.

Die Bedeutung und Tragweite des § 375 HGB. ist aber die, daß beim Handelskaufe dem Verkäufer im Falle des Verzuges mit der Bestimmung gestattet wird, diese selber vorzunehmen, und vor allem ihm ausdrücklich stets das Recht zuerkannt wird, nach § 326 BGB. Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern oder vom Vertrage zurückzutreten.

Was das besagen will, erkennt man durch die Vergleichung der Verhältnisse beim Kauf, der nicht Handelskauf ist. Da es im Bürgerlichen Gesetzbuch an einer dem § 375 HGB. entsprechenden Bestimmung fehlt, so ist zwar, wie schon mehrfach erwähnt,[39])

---

[37]) a. a. O. S. 277.
[38]) a. a. O. § 375 Anm. I e.
[39]) § 28 S. 99 dieser Abh. und Anfang des vorliegenden Paragraphen.

eine Bestimmungspflicht aus der Abnahmepflicht herzuleiten,[40]) da die Bestimmung und die dieser entsprechende nachfolgende Verarbeitung der Ware eine notwendige Voraussetzung der Abnahme ist, aber der Verzug mit der Abnahme gibt dem Verkäufer nicht das Recht, die Bestimmung selbst vorzunehmen. Ob er ferner ihm stets die Vergünstigungen des § 326 gewährt, ist außerordentlich bestritten, u. E. allerdings zu bejahen.[41])

Vierter Abschnitt.

Prozessuales.

§ 30.

a) Die Klage (Natur, Gerichtsstand, Wert des Streitgegenstandes).

Die praktische Bedeutung der Abnahmepflicht zeigt sich nach zwei Richtungen hin: einerseits in der Möglichkeit, auf Abnahme zu klagen und das dieser Klage zusprechende Urteil vollstrecken zu lassen, andererseits auch in der Tatsache, daß infolge der Verletzung der Abnahmepflicht durch Verzug dem Verkäufer gewisse Rechte erwachsen. Es sind daher in den folgenden Paragraphen die Fragen der Klage, der Zwangsvollstreckung und des Verzuges näher zu erörtern.

Was nun zuerst die Frage der Natur der Klage auf Abnahme anbetrifft, so sieht die herrschende Lehre[1]) darin eine Leistungsklage. Von zwei Schriftstellern wird jedoch eine andere Ansicht vertreten, von Kohler und Lippmann.

Kohler[2]) führt in dieser Hinsicht aus: Die Bedeutung des § 433 Abs. 2 hinsichtlich der Abnahme sei die, daß „mit Rücksicht auf den individuellen Fall ein Erfüllungssurrogat, das nicht im Kreise der allgemeinen gesetzlichen Mittel liege, als genügend erklärt werden könne, um den Verkäufer zu befreien. Die Klage aus § 433 sei darum keine Klage auf Empfangnahme, sie sei eine

[40]) Ebenso Fischer-Henle a. a. O. § 433 Anm. 11; Striebinger a. a. O. S. 60 f. u. a. m.

[41]) vgl. hierüber §§ 35 ff. dieser Abh.

[1]) So Hohenstein in Gruchots Beitr. Bd. 48 S. 719; Jakobi a. a. O. S. 296; Oertmann a. a. O. § 433 Anm. 3b α; Planck a. a. O. § 433 Anm. 7b; Rosenberg a. a. O. S. 247; Sprenger a. a. O. S. 602; Staub a. a. O., Exkurs vor § 373 Anm. 68 α. (Er bemerkt allerdings, und dem ist u. E. ohne weiteres zuzustimmen, die Klage auf Abnahme sei dann Feststellungsklage, „wenn der Antrag den Sinn habe, den bestrittenen Kaufvertrag und die Erfüllungspflicht des Käufers festzustellen".) Striebinger a. a. O. S. 29 ff., RGZ. Bd. 53 S. 162 f., Bd. 56 S. 175 ff. u. a. m.

[2]) Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 241; vgl. hierzu auch § 17 dieser Abh.

Klage auf Feststellung dessen, daß der Schuldner befreit sei, falls mit der Sache in bestimmter Weise verfahren worden sei. Das Recht auf Abnahme sei gleich dem Rechte, zu verlangen, daß der Gläubiger das Gut als abgenommen erkläre, oder sich so behandeln lasse, als habe er das Gut abgenommen". Auch neuerdings [3]) vertritt Kohler die Ansicht, daß die Klage darauf gehe, die Befugnis des Schuldners festzustellen, „den Gegenstand nach tunlicher Androhung in irgendeiner Weise wegzuschaffen".

In diesem Sinne sagt auch Lippmann [4]): Die Bestimmung in § 433 Abs. 2, daß der Käufer zur Abnahme verpflichtet sei, habe im wesentlichen prozessuale Bedeutung. Die Klage auf Abnahme sei eine Feststellungsklage, selbst wenn die Form der Leistungsklage auf schuldig gewählt worden sei. Eine solche Klage kommt allerdings nach seiner Ansicht „wohl ziemlich post festum, nachdem die Zivilprozeßordnung die Klagebefugnis durch die Einführung des Typus der Feststellungsklage erheblich erweitert hat".

Kohler, der voraussieht, daß man ihm dies entgegenhalten würde, führt daher in dieser Beziehung aus, daß es bei der Klage aus § 483 Abs. 2 im Gegensatze zu § 256 ZPO. des Nachweises eines rechtlichen Interesses an der alsbaldigen Feststellung nicht bedürfe, indem hier bereits gesetzlich das Vorhandensein des Feststellungsinteresses anerkannt sei.

Der Auffassung gegenüber, daß die Klage aus § 433 Abs. 2 auf Abnahme eine Feststellungsklage sei, braucht man u. E. nur auf die Fassung dieser Bestimmung hinzuweisen, die „zu dieser Austragung auch nicht den geringsten Anhalt gibt", [5]) die vielmehr klar, scharf und unzweideutig sagt: „Der Käufer ist verpflichtet, die gekaufte Sache abzunehmen", somit dem Käufer die Verpflichtung zu einer Leistung, die Verrichtung einer Tätigkeit auferlegt und dadurch der auf dieser Bestimmung fußenden Klage den Stempel der Leistungsklage aufdrückt. Klarer konnte der Gesetzgeber sich gar nicht ausdrücken, selbst wenn er die Möglichkeit der Auffassung Kohlers und Lippmanns vorausgesehen hätte. Deren Ansichten muß man u. E. als gesucht, gekünstelt und im Widerspruche zum Wortlaute des Gesetzes stehend bezeichnen. Man müßte dem Gesetze den Vorwurf der Undeutlichkeit und Unklarheit machen, wenn es durch die Bestimmung des § 433 Abs. 2 eine Feststellungsklage habe geben wollen. Ein besseres Mittel, um fast allgemein mißverstanden zu werden, hätte es nicht finden können. Bei der scharfen und bestimmten Ausdrucksweise des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist es aber äußerst wahrscheinlich,

[3]) Lehrb. Bd. 2 S. 202.
[4]) a. a. O. Bd. 802.
[5]) Rosenberg a. a. O. S. 247; ähnlich Schneider a. a. O. S. 20 f.

daß, wenn der Gesetzgeber eine Feststellungsklage hätte schaffen wollen, er eine andere Fassung gewählt hätte. Zudem wird in ein und demselben Satze und durch ein und dasselbe Wort „verpflichtet" zugleich mit der Verpflichtung zur Abnahme die zur Zahlung des Kaufpreises auferlegt. Eine Klage auf Zahlung des Kaufpreises aber als Feststellungsklage anzusehen, daran denkt im Ernste niemand.

Was nun fernerhin den Gerichtsstand der Klage auf Abnahme anbetrifft, so ist, wenn nicht ein besonderer Gerichtsstand vereinbart ist, gemäß § 29 ZPO. das Gericht zuständig, wo der Käufer die Abnahmepflicht zu erfüllen hat.[6]) Dieser ergibt sich aber aus unseren Ausführungen in § 26.[7]) Geht aber der Klageantrag auf Abnahme der Ware und Zahlung des Kaufpreises, so ist nach der herrschenden Meinung,[8]) da die Abnahmepflicht im Verhältnis zur Zahlungspflicht regelmäßig tatsächlich Nebenpflicht ist, der Gerichtsstand für die Zahlungspflicht, die Hauptpflicht, auch für die Abnahme der maßgebende, selbst wenn der Antrag auf Abnahme vorangestellt ist.

Dem ist u. E. jedoch hinzuzufügen, daß es unbillig wäre, diese Regel ganz allgemein und ohne Ausnahme gelten zu lassen. Die Abnahme ist wohl in der Regel tatsächlich Nebenverpflichtung, aber deshalb nicht immer; man braucht bloß an das Sprengersche Beispiel[9]) und ähnliche zu denken. Dem klagenden Verkäufer muß daher im einzelnen Falle der Nachweis gestattet sein, daß die Abnahmeverpflichtung tatsächlich Hauptverpflichtung ist, und ihm so die Möglichkeit gewährt werden, an dem Orte, an dem die Abnahme zu geschehen hat, auf Abnahme und Zahlung zu klagen, wenn er ein Interesse daran hat, gerade dort den Rechtsstreit zu führen, und ein solches ist natürlich sehr leicht denkbar.

Es ist endlich noch die Frage des Wertes des Streitgegenstandes bei der Klage auf Abnahme zu prüfen. Es kommt nicht § 6 ZPO. in Betracht, nach dem der Wert des Streitgegenstandes durch den Wert einer Sache bestimmt wird, „wenn deren Besitz Gegenstand des Streites ist". Der Besitz ist nämlich Gegenstand des Streites, wenn beide Parteien den Besitz erstreiten wollen. Dies ist aber bei der Klage auf Abnahme nicht der Fall. Der Verkäufer will vielmehr vom Besitze befreit werden und der

---

[6]) Ebenso OLG. Hamburg (6. 2. 06) in OLG., Rechtspr. Bd. 13 S. 77 f., RGZ. Bd. 49 S. 74 f.

[7]) S. 95 dieser Abh.

[8]) So Neumann a. a. O. § 433 Anm. IV, 2; Staub a. a. O. Exkurs vor § 373 Anm. 74 und die dort angeführten Entscheidungen, RGZ. Bd. 56 S. 138 ff. u. a. m.

[9]) a. a. O. Bd. 601, von uns auf S. 54 angeführt.

Käufer diese Befreiung nicht vornehmen. Der Wert des Streitgegenstandes ist also gleichbedeutend mit dem Interesse an dem Nichtinnehaben der Sache, an ihrem Wegschaffen, an der Befreiung von der Last der Aufbewahrung derselben. Demnach wird der Wert des Streitgegenstandes gemäß § 3 ZPO. von dem Gerichte nach freiem Ermessen festgesetzt. Das ist auch die allgemein vertretene Ansicht.[10])

§ 31.

b) Die Zwangsvollstreckung.

Je nachdem man die Abnahme für eine vertretbare Handlung ansieht, oder nicht, muß man ihre Vollstreckung nach § 887 oder § 888 ZPO. geschehen lassen. Ist die Abnahme eine vertretbare Handlung, d. h. eine solche, deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann, so ist, wenn der Käufer seine Verpflichtung zur Abnahme nicht erfüllt, nach § 887 ZPO. der Verkäufer von dem Prozeßgericht erster Instanz auf Antrag zu ermächtigen, die Abnahme auf Kosten des Käufers vornehmen zu lassen. Für den Fall, daß die Abnahme eine unvertretbare Handlung ist, d. h. durch einen Dritten nicht vorgenommen werden kann und ausschließlich von dem Willen des Käufers abhängt, ist auf Antrag von dem Prozeßgericht erster Instanz zu erkennen, daß der Schuldner zur Vornahme der Abnahme durch Geldstrafen bis zum Gesamtbetrage von 1500 Mk. oder durch Haft anzuhalten sei.

Die Abnahme ist nun, wie wir durch unsere Darlegungen in § 12[11]) bewiesen zu haben glauben, eine vertretbare Handlung, folglich ist § 887 ZPO. anzuwenden. Das ist denn auch die herrschende Meinung.[12]) Die Ansicht derjenigen, die die Abnahme als nichtvertretbare Handlung betrachten und daher § 888 ZPO. angewandt wissen wollen,[13]) beruht vielfach auf der verkehrten Grund-

[10]) Neumann a. a. O. § 433 Anm. IV, 4; Staub a. a. O. Exkurs vor § 373 Anm. 74 und RG. in RGZ. Bd. 57 S. 400ff. und in JurW. 1904 S. 287.

[11]) S. 45ff. dieser Abh.

[12]) Bretzfelder a. a. O. S. 46; Fischer-Henle a. a. O. S. 433 Anm. 11; Gaupp-Stein a. a. O. § 887 Anm. II, 2 Fußnote 18 und die dort angeführte Literatur; Hackert a. a. O. S. 41; Hohenstein in Gruchots Beitr. Bd. 48 S. 717f.; Kohler, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 241; Lehmann-Ring a. a. O. § 374 Anm. 2; Planck a. a. O. § 433 Anm. 7b Abs. 5; Romeick a. a. O. S. 60; Rosenberg a. a. O. S. 264; Schmitz a. a. O. S. 38; Schneider a. a. O. S. 44; Schütze a. a. O. S. 27f.; Siber a. a. O. S. 46f.; Striebinger a. a. O. S. 63f. („Abnahme im Sinne von Wegnahme"), OLG. Rostock (11. 7. 06) OLG. Rechtspr. Bd. 14 S. 187.

[13]) So Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 939 Anm. 25; Laband a. a. O. Bd. 307 (vgl. § 14 S. 51f. dieser Abh.); Rosenthal a. a. O. Bd. 16; OLG. Marienwerder (12. 9. 94), Seufferts Arch. Bd. 50 S. 238 (letzteres mit der Be-

lage, daß mit dem Begriffe der Abnahme der Gesichtspunkt der Anerkennung als Erfüllung zu verbinden sei.

Striebinger[14]) sieht „die Abnahme im Sinne von Wegnahme" als vertretbares Tun an und erklärt daher § 887 ZPO. für die Vollstreckung anwendbar. Da aber nach seiner Ansicht die Abnahme auch die Anerkennung als Erfüllung in sich schließt, so läßt er für diesen Teil der Abnahme § 894 ZPO. Anwendung finden.

Alle diese Ansichten, soweit sie darauf beruhen, daß in der Abnahme die Anerkennung der Ware als Erfüllung einbegriffen sei, sind durch unsere Darlegungen über die Unrichtigkeit dieser Meinung[15]) als widerlegt zu betrachten.

Im einzelnen ist über die Vollstreckung noch folgendes zu sagen:

Gemäß § 887 Abs. 2 ZPO. kann der Verkäufer zugleich beantragen, den Käufer zur Vorauszahlung der Kosten zu verurteilen, die durch die Vornahme der Abnahme entstehen werden, unbeschadet des Rechts auf eine Nachforderung, wenn die Vornahme der Abnahme einen größeren Kostenaufwand verursacht.

Was fernerhin die Art und Weise der Erteilung der Ermächtigung, die Vornahme der Abnahme durch einen Dritten auf Kosten des Schuldners herbeizuführen, anbetrifft, so kann diese Ermächtigung, wie Gaupp-Stein[16]) ausführen, in dem den Käufer zur Abnahme verpflichtenden Urteil nicht erteilt werden. Sie stellt nämlich den Beginn der Zwangsvollstreckung dar und muß daher auf Grund einer vollstreckbaren und nach § 750 ZPO. zugestellten Ausfertigung des Urteils nachgesucht werden.

Die Vornahme der Abnahme durch einen Dritten vollzieht sich nun in der Weise, daß der Dritte die Sache aus dem Interessenbereiche des Verkäufers entfernt. Zu diesem Zwecke muß er sie, wie oben[17]) ausgeführt, notwendig, wenn auch für ganz kurze Zeit, an sich nehmen. Er braucht sie aber nicht zu behalten, sondern er kann sie bei einem Dritten lagern oder sie überhaupt aufgeben. Dabei ist jedoch zu beachten, daß er bei der Wahl der Mittel, die Sache seinerseits loszuwerden, nicht willkürlich verfahren darf, sondern immer das Interesse des Käufers möglichst zu wahren hat; so wird er z. B. das abgenommene Getreide in ein Lagerhaus schaffen und dort auf Kosten des Käufers lagern,

---

gründung, daß die Abnahme erhebliche Rechtsfolgen namentlich in bezug auf die Anerkennung der Vertragsmäßigkeit habe).

[14]) a. a. O. Bd. 63 f.

[15]) § 11 dieser Abh.

[16]) a. a. O. § 887 Anm. III, 2.

[17]) § 10 dieser Abh.

einen Waggon verdorbener Fische aber vergraben lassen müssen.[18]) Das ergibt sich aus dem Grundsatze von Treu und Glauben. Was mit der Sache im einzelnen Falle zu geschehen hat, wird zweckmäßig in dem die Ermächtigung zur Vornahme der Handlung durch einen Dritten aussprechenden Beschlusse anzugeben sein.

Nach Rosenberg[19]) ist der die Abnahme Ausführende sogar berechtigt, „die Sache dem Käufer zu bringen und sie bei ihm, in seiner Wohnung, in seinem Lagerhause, auf seinem Gutshofe niederzulegen, wobei ein etwaiger Widerstand des Käufers nach § 892 ZPO. zu beseitigen ist". Auch Kohler,[20]) auf den Rosenberg verweist, und Oberloskamp[21]) halten diese Art der Vollstreckung für zulässig.

Wir halten diese Anschauung jedoch mit Jakobi[22]) aus dem Grunde für unzulässig, weil die Pflicht des Käufers zu Abnahme keine Verpflichtung zum Ansichnehmen in sich schließt, wie oben[23]) gezeigt. In einem Falle jedoch würden wir die von Rosenberg angedeutete Art der Vollstreckung für zulässig halten, wenn nämlich der Dritte die weggeschaffte Sache auf sonst keine Art und Weise loswerden könnte, z. B. weil keiner sie auf Lager nehmen wollte, eine Aufgabe aber wegen eines polizeilichen Verbotes nicht geschehen könnte und eine andere vielleicht mögliche Art, sie loszuwerden, sehr kostspielig, der Käufer aber zahlungsunfähig wäre. Ein solcher Fall wird wohl äußerst selten sein, aber denkbar ist er immerhin. Sollte aber bei einer solchen Sachlage ein Hinschaffen zum Käufer nicht gestattet sein, so wäre die Abnahmepflicht des Käufers und das Klagerecht des Verkäufers auf Abnahme wertlos. Außerdem ist für diesen Fall doch zu bedenken, daß, wenn schon einer durch die Innehabung der Sache belästigt werden muß, doch der säumige Käufer der nächste ist, den billigerweise dieser Nachteil trifft.[24])

Die Vollstreckung der Abnahme eines Grundstücks endlich ist eine wesentlich andere als die bei beweglichen Sachen. Da die Abnahme von unbeweglichen Sachen lediglich in der Abgabe von Willenserklärungen besteht,[25]) so erfolgt ihre Vollstreckung nach § 894 ZPO. Diese Erklärungen gelten mit Rechtskraft des die Abnahmeverpflichtung aussprechenden Urteils als abgegeben.

---

[18]) In diesem Sinne auch Schmitz a. a. O. S. 38.
[19]) a. a. O. S. 264.
[20]) Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 241.
[21]) a. a. O. S. 72.
[22]) a. a. O. S. 275 Anm. (gegen Rosenberg gerichtet).
[23]) § 10 dieser Abh.
[24]) vgl. hierzu auch unsere Ausführungen in § 18 S. 70 dieser Abh.
[25]) vgl. § 22 dieser Abh.

Siebenter Abschnitt.

§ 32.

Die Frage der tatsächlichen Möglichkeit der Anwendung der Vorschriften über die Leistung bei gegenseitigen Verträgen.

Die Folge des in § 13[1]) dargelegten Verhältnisses der Abnahme zur Übergabe ist die, daß auf Grund logischer Erwägungen eine Reihe von Bestimmungen über die Leistung nicht angewendet werden können, wenn die Abnahme diese Leistung ist.[2]) Vor allem sind dies die Bestimmungen über die gegenseitigen Verträge, §§ 320 ff. Diese sind nämlich nicht für den Fall zugeschnitten, daß Leistung und Gegenleistung in einem derartigen tatsächlichen Verhältnis zueinander stehen wie die Abnahme und Übergabe, daß sie also gegenseitig voneinander abhängen. Diese Bestimmungen sind daher, auf derartige Leistungen bezogen, vielfach höchst überflüssig, weil sie etwas anordnen, was selbstverständlich ist und aus der Natur und den Voraussetzungen dieser Leistungen auch ohne diese Bestimmungen hervorgeht. Verschieden von diesen im weiteren näher zu behandelnden Erwägungen tatsächlicher Natur ist die auf Grund rechtlicher Erwägungen zu entscheidende Frage, ob es dem Gesetze entspricht und nach diesem gestattet ist, die betreffenden Bestimmungen auf die Abnahme anzuwenden. Diese Frage wird bei der Frage der Anwendbarkeit des § 326 mit erörtert, da die Gründe, welche die Anwendung dieses Paragraphen gestatten, dieselben sind, die für die Anwendung der übrigen Bestimmungen über gegenseitige Verträge in Betracht kommen. Sie werden eben in bezug auf die wichtigste Bestimmung, nämlich § 326, hier sowohl wie in der Literatur überhaupt, erörtert.

Im einzelnen ist nun zur vorliegenden Frage folgendes zu bemerken:

Ganz verbietet sich aus den oben angegebenen Gründen die Anwendung der §§ 320—322. Wenn z. B. der Verkäufer auf Abnahme klagte, aber zur Übergabe keine Anstalten getroffen hätte, so würde der Käufer nicht nach § 320 die Einrede des nicht-erfüllten Vertrages erheben, sondern den Einwand machen, daß überhaupt keine Abnahmepflicht für ihn bestehe, da der Verkäufer die Voraussetzungen der Abnahme, bei deren Fehlen keine Ab-

[1]) S. 47 ff. dieser Abh.
[2]) Darüber, daß die Abnahme eine Leistung ist, vgl. § 19 dieser Abh.

nahmepflicht gegeben sei, nicht geschaffen habe.[3]) Die Anwendung von § 321 verbietet sich aus dem Grunde, weil naturgemäß die Übergabe nicht verweigert werden kann, bis die Abnahme bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet ist. Abnahme und Übergabe fallen zeitlich zusammen. Den Käufer endlich nach § 322 zur Abnahme gegen Übergabe zu verurteilen, hieße Eulen nach Athen tragen. Auch auf Abnahme nach Empfang der Leistungen des Verkäufers, insbesondere der Übergabe, ist bei der notwendigen Gleichzeitigkeit von Übergabe und Abnahme sinngemäß ausgeschlossen.

Fernerhin ist, weil die Abnahme eine notwendige Voraussetzung der Übergabe ist, es dem Verkäufer nicht gestattet, die Abnahme abzulehnen oder ein Recht geltend zu machen, das den Anspruch auf Erfüllung der Abnahme ausschließt, solange er selbst zur Übergabe verpflichtet ist. Aus diesem Grunde ist es fraglich, ob der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Abnahme fordern kann. Es ist nämlich eine berühmte Streitfrage, was unter Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen zu verstehen ist.[4]) Die Erfüllungstheorie sagt, der Gläubiger der nichterfüllten Leistung könne nur Schadensersatz fordern, wenn er seinerseits die ihm kraft Vertrages obliegende Leistung mache, so daß nach dieser Ansicht die Entschädigungspflicht an Stelle der nichterfüllten Leistung tritt, das Schuldverhältnis aber sonst unverändert bleibt. Die Differenztheorie dagegen läßt die Leistungsverpflichtung des Gläubigers der nichterfüllten Leistung fortfallen, so daß von den Verpflichtungen des Vertrages keine mehr bestehen bleibt, sondern nur noch ein einseitiger Anspruch auf Schadensersatz für den Gläubiger der nichterfüllten Leistung gegeben ist, dieser also den Unterschied zu fordern hat, der zwischen seinem jetzigen Vermögensbestande bei Nichterfüllung besteht, und dem Bestande, der gegeben sein würde, wenn der Vertrag erfüllt worden wäre. Folgt man der Differenztheorie, so läßt sich das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Abnahme geltend machen; nach der Erfüllungstheorie dagegen ist es unpraktisch, weil der Verkäufer ja die Übergabe bewirken muß und die Abnahme hierzu eine Voraussetzung bildet.

Fernerhin ist in Betracht zu ziehen, daß, da die Unmöglichkeit der Abnahme mit der Unmöglichkeit der Leistung der Kaufsache zusammenfällt, bei der Unmöglichkeit der Abnahme aber die Bestimmungen über die Unmöglichkeit der Leistung der Kaufsache anzuwenden sind.[5])

---

[3]) Ebenso Oberloskamp a. a. O. S. 56 und in diesem Sinne auch RGZ. Bd. 56 S. 173 f.

[4]) vgl. hierzu Cosack a. a. O. Bd. 1 S. 351 Anm. 17; Oertmann, Planck, Staudinger und alle größeren Kommentare und Lehrbücher zu § 325 und die dort angeführte Literatur.

[5]) vgl. RGZ. Bd. 57 S. 406 und § 12 S. 46 dieser Abh.

Achter Abschnitt.

Der Abnahmeverzug.

§ 33.

a) Die Voraussetzungen des Abnahmeverzuges und sein Zusammenfallen mit dem Annahmeverzuge.

Da die Abnahmepflicht eine Schuldnerpflicht und die Abnahme eine Leistung ist,[1]) so ist der Verzug mit der Abnahme Leistungs-, Schuldnerverzug. Seine Voraussetzungen sind natürlich dieselben wie die eines jeden Leistungsverzuges. Sie sollen hier im einzelnen besprochen werden, und zwar im Hinblick auf die Voraussetzungen des Annahmeverzuges, indem zugleich die Frage des Zusammenfallens des Abnahmeverzuges mit dem Annahmeverzuge geprüft wird. Finden wir, daß in den Voraussetzungen des Abnahmeverzuges nicht auch stets die des Annahmeverzuges enthalten sind, so ist Abnahmeverzug ohne Annahmeverzug möglich, und ergibt sich umgekehrt, daß die Voraussetzungen des Annahmeverzuges nicht auch die des Abnahmeverzuges in sich begreifen, so ist die Möglichkeit eines Annahmeverzuges ohne gleichzeitigen Abnahmeverzug gegeben. Prüfen wir zunächst die erste Frage.

Die Voraussetzungen des Abnahmeverzuges sind: Fälligkeit, Mahnung und Nichtabnahme auf Grund eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes. Die Voraussetzungen des Annahmeverzuges sind: gehöriges Angebot und Nichtannahme.

Zur Fälligkeit der Abnahme ist einerseits erforderlich, daß die Voraussetzungen der Abnahme gegeben sind,[2]) da sonst ja überhaupt keine Abnahmepflicht gegeben ist; andererseits muß der Zeitpunkt gekommen sein, in dem der Käufer nach Gesetz oder Vertrag die Abnahme zu vollziehen hat. Es ist dies, wie in § 27 [3]) gezeigt worden ist, der Zeitpunkt, in dem der Verkäufer zur Übergabe bereit sein muß und es auch tatsächlich ist. Wann er im einzelnen Falle bereit sein muß, ergibt sich aus unseren Ausführungen in § 27.[4])

Die zweite Voraussetzung des Abnahmeverzuges ist die Mahnung. Deren Form kann nun äußerst verschieden sein. Ge-

---

[1]) vgl. § 19 dieser Abh.
[2]) vgl. § 25 dieser Abh.
[3]) S. 97 ff. dieser Abh.
[4]) S. 97 ff. dieser Abh.

schieht sie in der Absicht, den Abnahmeverzug herbeizuführen, so wird sie in der Aufforderung bestehen, die gekaufte Sache abzunehmen. In einer solchen Mahnung liegt aber auch eine der Voraussetzungen des Annahmeverzuges, nämlich das Angebot. Nach § 295 Satz 2 steht nämlich dem tatsächlichen Angebote der Leistung die Aufforderung des Gläubigers, die zur Bewirkung der Leistung erforderliche Handlung vorzunehmen, gleich, und die zur Bewirkung der Leistung der Übergabe erforderliche Handlung ist, wie in § 13 [5]) gezeigt, die Abnahme. Die Form der Mahnung ist aber in der Regel eine andere. In den meisten Fällen ist nämlich die Sachlage die, daß die Voraussetzungen des Abnahmeverzuges geschaffen werden ohne eine hierauf sich beziehende Absicht. Der Schuldner bietet die Sache eben an, wie bei jedem anderen Schuldverhältnisse. Es liegt dann in dem tatsächlichen Angebot der gekauften Sache (§ 294) unzweifelhaft eine Mahnung zur Abnahme, ebenso wie in dem wörtlichen Angebot (§ 295), das für den Fall genügt, daß der Käufer erklärt hat, er nehme die Sache nicht an, oder daß zur Bewirkung der Leistung des Verkäufers eine Handlung des Käufers erforderlich ist. Endlich ist auch eine Mahnung in der nach § 299 zur Herbeiführung des Annahmeverzuges erforderlichen Ankündigung der Leistung zu erblicken. Einer Mahnung bedarf es zur Herbeiführung des Abnahmeverzuges nach § 284 Abs. 2 in zwei Fällen nicht, nämlich wenn für die Abnahme eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist, und wenn der Abnahme eine Kündigung vorauszugehen hat und die Zeit der Abnahme in der Weise bestimmt ist, daß sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen läßt. In diesen Fällen bedarf es aber auch zur Herbeiführung des Annahmeverzuges nach § 296 des Angebots der Leistung des Verkäufers nur, wenn der Gläubiger = Käufer die diese Leistung ermöglichende Handlung, nämlich die Abnahme, rechtzeitig vornimmt. In allen diesen Fällen fällt also Angebot und Mahnung zusammen, und wo das eine für den Abnahmeverzug fehlen darf, braucht auch das andere für den Annahmeverzug nicht gegeben zu sein.

Es gibt aber noch einen dritten Fall, in dem es einer Mahnung zur Herbeiführung des Schuldnerverzuges nicht bedarf, und das ist der im Gesetz allerdings nicht erwähnte, daß der Schuldner die ernstliche Erklärung abgegeben hat, er werde nicht leisten.[6]) Zur Herbeiführung des Annahmeverzuges ist aber in

---

[5]) S. 48 f. dieser Abh.

[6]) Ebenso Makower a. a. O. Vorbem. zu §§ 375, 376c 1—3 (ausführlich); Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. 2 S. 121; Paesch, Der Leistungs-

diesem Falle ein wörtliches Angebot nach § 295 erforderlich. Wenn daher der Käufer ernstlich erklärt, er nehme die Sache nicht an und ab, der Verkäufer es daraufhin unterläßt, ein wörtliches Angebot zu machen, so liegt, wenn die übrigen Voraussetzungen des Leistungsverzuges gegeben sind, Abnahmeverzug, aber nicht Annahmeverzug vor.[7])

Fernerhin muß die Nichtabnahme, wenn sie den Abnahmeverzug herbeiführen soll, auf einem Umstande beruhen, den der Käufer zu vertreten hat. Die in der Literatur sich vielfach findende Behauptung, es müsse ein „Verschulden" des Käufers vorliegen, ist unrichtig und ungenau. Die Fälle des Verschuldens und die des Vertretenmüssens decken sich nicht immer. Man hat z. B., ohne daß einen ein Verschulden trifft, unter Umständen die Handlungen dritter Personen nach § 278 zu vertreten. Die Nichtabnahme ist aber nun, wie in § 12 [8]) gezeigt, solange sie überhaupt möglich ist, vom Käufer stets zu vertreten;[9]) ist sie aber unmöglich, so kommen die Regeln über die Unmöglichkeit der Leistung des Verkäufers, mit der die Unmöglichkeit der Abnahme zusammenfällt, in Betracht.[10]) Ein Annahmeverzug ist natürlich in diesem Falle undenkbar.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich also die Möglichkeit eines Abnahmeverzuges ohne gleichzeitigen Annahmeverzug.[11]) Bestritten wird diese Möglichkeit von verschiedenen Schriftstellern,[12]) die aber sämtlich den im Gesetz nicht angeführten Fall der ernstlichen Weigerung zur Leistung, in dem die Mahnung fehlen kann, nicht berücksichtigen. Sind diese der Meinung, daß in einem solchen Falle doch eine Mahnung erforderlich sei, was nicht ohne weiteres sich aus ihren Schriften ergibt, so ist natürlich von

---

verzug, eine Studie zum BGB., S. 81 f.; Romeick a. a. O. S. 110; Staub a. a. O. Exkurs zu § 347 Anm. 16; RGZ. Bd. 7 S. 44, Bd. 50 S. 210, Bd. 54 S. 359, Bd. 57 S. 113 und RG. in JurW. 1902 S. 28 f. (26. 11. 1901) und JurW. 1902 Beil. S. 252 (20. 6. 1902) u. a. m.

[7]) Auf Grund derselben Erwägung kommt auch Makower a. a. O. § 373 Anm. IV zu diesem Ergebnis.

[8]) S. 46 dieser Abh.

[9]) Ebenso Lippmann a. a. O. S. 801, dessen Begründung allerdings unhaltbar ist, wenn er sagt, der Käufer brauche ja nur zuzugreifen. Man denke nur an den Sprengerschen Fall (a. a. O. S. 601, von uns auf S. 54 dieser Abh. mitgeteilt) und ähnliche.

[10]) vgl. § 12 dieser Abh.

[11]) Ebenso Makower a. a. O. § 373 Anm. IV mit unserer Begründung; ferner Oberloskamp a. a. O. S. 55; Rosenberg a. a. O. S. 260; Rosenthal a. a. O. S. 20, allerdings teils mit unrichtiger Begründung, wie weiter unten S. 115 dieser Abh. dargetan wird.

[12]) So Cosack a. a. O. Bd. 1 S. 461; Hohenstein im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 25 S. 78 ff.; Lehmann a. a. O. S. 493; Schneider a. a. O. S. 36 ff.; Siber a. a. O. S. 47.

ihrem Standpunkte aus ihrer Stellungnahme zur vorliegenden Frage beizupflichten.

Rosenberg[13]) begründet seine im Ergebnis mit der unsrigen übereinstimmende Ansicht durch folgendes in der Literatur viel erörterte Beispiel: „Wenn nämlich der Käufer erklärt, er billige die Ware als vertragsmäßige und erkenne an, daß der Verkäufer befreit, das Schuldverhältnis beendigt sei, indem er vielleicht gleichzeitig auf die Ware verzichtet, er sich aber weigert, die Ware abzunehmen, so ist der Zweck des Angebots als Voraussetzung des Annahmeverzuges, nämlich das Schuldverhältnis zum Erlöschen zu bringen, erreicht. Der Verkäufer kann daher in diesem Falle nur seine Rechte aus dem Abnahmeverzuge, nicht aber aus dem Annahmeverzuge geltend machen".

Demgegenüber weist Lehmann[14]) darauf hin, „daß die Leistung des Verkäufers nicht bloß im Übertragen des Eigentums besteht, sondern auch in der Übergabe, in der Verschaffung der tatsächlichen Herrschaft über die Sache. Diese letztere Leistung, so sagt er, vereitele der Käufer durch die Verweigerung der Abnahme und gerate darum in Annahmeverzug.

Ähnlich führt Hohenstein[15]) unter Hinweis auf die zweifache Pflicht des Verkäufers zur Eigentumsverschaffung und Übergabe aus, auf erstere könne der Käufer verzichten, nicht aber auf die Übergabe.

Diese Ausführungen scheinen uns aber nicht recht befriedigend zu sein. Wir nehmen in dem Rosenbergschen Beispiel aus folgenden von Hohenstein[16]) schon angedeuteten Gründen Annahmeverzug und alle hieraus entspringenden Rechte für gegeben an[17]): Ein einseitiger Verzicht des Käufers auf seine Rechte aus dem Kaufvertrage kann rechtlich nichts anderes bedeuten als einen Erlaß der Pflichten des Käufers. Ein Erlaß aber, der ein Schuldverhältnis zum Erlöschen bringen soll, muß ein Vertrag sein (§ 397), also muß die Verzichtserklärung des Käufers, um wirksam zu werden, durch den Käufer angenommen sein, sonst bleibt das Schuldverhältnis bis zu seiner Erfüllung bestehen. Die Tatsache, daß, wie Hohenstein bemerkt, das Fehlen einer Klage auf Annahme die Parteien bei einem einseitigen Verzicht des Gläubigers fast ebenso stellt, als ob ein Verzichtsvertrag geschlossen sei, ändert an den rechtlichen Beziehungen und Verhältnissen, insbesondere an dem Weiterbestehen des Schuldverhältnisses

---

[13]) a. a. O. S. 260.
[14]) a. a. O. S. 493.
[15]) Arch. f. bürgerl. R. Bd. 25 S. 79 f.
[16]) Arch. f. bürgerl. R. Bd. 25 S. 79 f. Anm. 26.
[17]) Ebenso Brinkmann a. a. O. S. 30 f.; Schmitz a. a. O. S. 44 f.

nichts. Unsere Ansicht steht auch nicht im Widerspruch mit der von Kohler[18]) so nachdrücklich verteidigten Regel, daß der Gläubiger sich die Leistung nicht aufdrängen zu lassen brauche. Die Leistung wird ja auch dem Gläubiger nicht aufgedrängt, er hat nur die Folgen seiner Nichtannahme zu tragen. Die Annahmepflicht ist ja eben nur eine uneigentliche Pflicht.[19]) Der Annahmeverzug ist keine Strafe für den säumigen Gläubiger, sondern ein rein tatsächlicher Zustand. Endlich spricht noch gegen Rosenbergs Ausführungen nachstehende Erwägung, die gleichzeitig zur Widerlegung Rosenthals angeführt sei.

Rosenthal[20]) führt nämlich zum Beweise der Behauptung, daß Abnahmeverzug ohne Annahmeverzug möglich sei, zwei ganz gleichliegende Fälle als Beispiele an, wovon folgender hier genügen möge: A verkauft dem B ein Buch. B nimmt es, steckt es in seine Tasche und bezahlt den Kaufpreis. Im Laufe des Gespräches wird ihm der Handel leid, er legt das Buch auf den Tisch und weigert sich, es mitzunehmen.

Dem ist entgegenzuhalten, daß die Abnahme ein Teil der Annahme ist,[21]) und wenn wir in diesem Falle mit Rosenthal die Abnahme für nicht geschehen ansehen, so können wir auch die Annahme nicht als vollendet betrachten: das Ganze kann nicht vollendet sein, wenn ein Teil fehlt.

Aus all diesen Ausführungen ergibt sich die Unrichtigkeit der vielgebrauchten, von Staub[22]) geprägten Formel: „Abnahmeverzug ist schuldhafter Annahmeverzug", da einerseits ein Abnahmeverzug ohne Annahmeverzug möglich ist, andererseits der Gesichtspunkt des Verschuldens nicht in Frage kommt, sondern der des Beruhens auf einem zu vertretenden Umstande. In einzelnen Fällen kann sie natürlich richtig sein.[23])

Wie nun einerseits Abnahmeverzug ohne Annahmeverzug möglich ist, so ist auch umgekehrt Annahmeverzug ohne gleichzeitigen Abnahmeverzug denkbar.[24]) Abgesehen von den in § 13[25]) näher dargelegten Fällen der §§ 929 Satz 2, 930, 931, in denen keine Abnahmepflicht besteht, ergibt sich diese Möglichkeit aus der Erwägung, daß die Abnahme ein Teil der Annahme[26]) ist. Es ist daher der Fall

---

[18]) Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 149 ff.
[19]) vgl. § 15 S. 56 dieser Abh.
[20]) a. a. O. S. 20 ff.
[21]) vgl. § 13 dieser Abh.
[22]) Staub a. a. O. 6. u. 7 Aufl. § 375 Anm. 2.
[23]) Ebenso Makower a. a. O. § 373 Anm. IV.
[24]) And. M.: Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. 2 S. 134: „Annahmeverzug ist zugleich Erfüllungsverzug".
[25]) S. 47 f. dieser Abh.
[26]) vgl. § 13 dieser Abh.

denkbar, daß ein Erfordernis der Annahme, die Abnahme, gegeben ist, nicht aber die beiden übrigen oder eines der beiden anderen. Dies möge folgendes Beispiel zeigen: Der Käufer einer Ladung Getreide nimmt das Getreide auf Verlangen des Verkäufers unter Vorbehalt[27]) mit der ausdrücklichen Erklärung ab, das Eigentum nicht erwerben, die Ware nicht als Erfüllung annehmen zu wollen, und lagert sie auf Kosten des Verkäufers bei sich oder einem Dritten.[28]) Hier ist Abnahme, aber zweifellos nicht Annahme als Erfüllung gegeben. Der Käufer kann daher in diesem Falle wohl in Annahmeverzug, nicht aber in Abnahmeverzug geraten. Durch dieses Beispiel dürfte die unserer Ansicht entgegengesetzte Düringer-Hachenburgs[29]) als widerlegt zu betrachten sein.

b) Die Folgen des Abnahmeverzuges.

§ 34.

α) Die allgemeinen Leistungsverzugsfolgen: §§ 286 ff.

Die Folgen des Leistungsverzuges sind die in §§ 286 ff. gekennzeichneten. Diese Vorschriften enthalten keine ausdrückliche Regelung des Teilverzuges. Sie sind aber dahin auszulegen, daß sie sowohl Anwendung finden, wenn der Schuldner mit der ganzen Leistung, als auch dann, wenn er mit einem Teile derselben in Verzug gerät. Der Abnahmeverzug ist aber Teilverzug, da die gesamte Leistung des Käufers aus Abnahme und Zahlung des Kaufpreises besteht. Danach finden also beim Abnahmeverzug die Vorschriften über den Leistungsverzug Anwendung. Unter Leistung verstehen wir daher in diesen Vorschriften die Abnahme. Danach hat der Käufer gemäß § 286 Abs. 1 als Schuldner der Abnahme dem Verkäufer den durch den Verzug mit der Abnahme entstehenden Schaden zu ersetzen. Alle übrigen Bestimmungen über den Schuldnerverzug sind für den Fall des Abnahmeverzuges nicht anwendbar. In dieser Beziehung sei im einzelnen folgendes bemerkt:

§ 286 Abs. 2 gestattet dem Gläubiger, unter Ablehnung der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, wenn die Leistung infolge des Verzuges kein Interesse mehr für ihn hat. Selbst wenn man mit der Differenztheorie[30]) die Ablehnung der Abnahme gestatten wollte, so wäre doch das Ergebnis das-

---

[27]) vgl. § 11 S. 44 dieser Abh.
[28]) vgl. auch Makower a. a. O. § 373 Anm. IV in demselben Sinne.
[29]) a. a. O. Bd. 2 S. 134.
[30]) § 32 S. 110 dieser Abh.

selbe wie nach § 286 Abs. 1: Der Schaden, der nach Abs. 2 zu ersetzen wäre, ist genau derselbe wie der nach Abs. 1 zu ersetzende. Das ergibt sich aus folgender Überlegung: Solange nach Eintritt des Abnahmeverzuges dem Verkäufer durch die Nichtabnahme ein weiterer Schaden entstehen kann, hat dieser ein Interesse an der Abnahme und kann er daher dieselbe nicht ablehnen. Hat er aber kein Interesse mehr, weil ein weiterer Schaden ausgeschlossen ist, und darf er daher die Abnahme ablehnen, so ist der nach Abs. 2 zu ersetzende Schaden wegen Nichterfüllung der Abnahme eben der gesamte bisher entstandene Schaden. Dessen Ersatz kann der Verkäufer aber auch nach Abs. 1 beanspruchen.

Romeick[31]) will unter Hinweis auf die Motive (Bd. 2 S. 52)[32]) den Abnahmeverzug als Teilverzug entsprechend der Regelung der teilweisen Unmöglichkeit in § 280 Abs. 2 dahin behandelt wissen, daß wenn der Verkäufer infolge des Verzuges mit der Abnahme an der gesamten Leistung des Käufers (Kaufpreiszahlung und Abnahme) kein Interesse mehr habe, ihm das Recht zustehen solle, unter Ablehnung der gesamten Leistung des Käufers Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen.

Demgegenüber weist Striebinger[33]) mit Recht darauf hin, daß der Verkäufer stets ein Interesse an der Gesamtleistung des Käufers hat insofern, als ihm die Zahlung des Kaufpreises stets einen wirtschaftlichen Vorteil bringt. Nicht das Interesse an der Erfüllung des Vertrages wie in § 326 kommt in Betracht, sondern das Interesse an der Leistung des Käufers ohne Rücksicht darauf, ob diese Leistung im Verhältnis zur Gegenleistung für den Verkäufer von Interesse ist. Diesen Ausführungen Striebingers ist u. E. zuzustimmen: Eine entsprechende Anwendung von § 280 Abs. 2 verbietet sich daher für den Fall des Abnahmeverzuges als nutzlos und zu keinem Ergebnis führend.

Nach § 287 hat der Schuldner während des Verzuges jede Fahrlässigkeit zu vertreten, und er ist auch für die während des Verzuges durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich. Das könnte, auf die Abnahme bezogen, nur den Sinn haben, daß der Käufer für jede durch seine Fahrlässigkeit oder durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Abnahme einzutreten habe. Die Unmöglichkeit der Abnahme fällt aber, wie oben[34]) gezeigt, mit der Unmöglichkeit der Leistung des Verkäufers

---

[31]) a. a. O. S. 75; ebenso Planck a. a. O § 286 Anm. 2 allgemein für jeden Teilverzug.

[32]) Mugdan, Mat. Bd. 2 S. 28 f.

[33]) a. a. O. S. 68 f.

[34]) § 12 S. 46 dieser Abh.

zusammen, und in diesem Falle finden die Vorschriften über die Unmöglichkeit dieser Leistung Anwendung.[35])

Eine Erörterung der die weiteren Verzugsfolgen festlegenden Bestimmungen erübrigt sich, da diese sich ohne weiteres als auf den Abnahmeverzug unanwendbar ergeben.

β) § 326.

§ 35.

aa) Bedeutung, Tragweite und Literaturübersicht über die Frage der rechtlichen Zulässigkeit der Anwendung des § 326.

Neben die allgemeinen Verzugsregeln treten bei gegenseitigen Verträgen — zu denen gehört ja der Kauf — die Bestimmungen des § 326. Ob dieser Paragraph auch dann Anwendung findet, wenn der Verzug allein mit der Abnahme vorliegt, ist eine äußerst bestrittene Frage. Die Gründe, die hierfür maßgebend sind, gelten auch für die Fragen der Anwendbarkeit der übrigen Bestimmungen über gegenseitige Verträge, soweit sie sinngemäß Anwendung finden können.[36]) Bevor wir nun in eine Erörtung dieser Frage eintreten, sei die Bedeutung und Tragweite der Anwendung des § 326 klargelegt.

§ 326 lautet: „Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so kann ihm der andere Teil zur Bewirkung der Leistung eine angemesse Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablauf der Frist ist er berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten, wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt ist; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Wird die Leistung bis zum Ablauf der Frist teilweise nicht bewirkt, so findet die Vorschrift des § 325 Abs. 1 Satz 2 entsprechende Anwendung.[37])

Hat die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzuges für den anderen Teil kein Interesse, so stehen ihm die in Abs. 1 bezeichneten Rechte zu, ohne daß es der Bestimmung einer Frist bedarf".

Der Hauptvorteil, den § 326 gegenüber dem § 286 bietet, ist folgender: Nach § 286 kann der andere Teil nur dann die Leistung

---

[35]) Ebenso: RGZ. Bd. 57 S. 401.

[36]) vgl. § 32 dieser Abh.

[37]) d. h. so ist der andere Teil, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat, berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 zu verlangen oder vom ganzen Vertrage zurückzutreten.

ablehnen und Schadenserſatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn — was ihm zu beweiſen iſt — die Leiſtung kein Intereſſe mehr für ihn hat.[38]) Nach § 326 hat er das Recht, Schadenserſatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, wahlweiſe neben dem Rücktrittsrecht, und zwar iſt die Geltendmachung dieſer Rechte nicht abhängig von dem Nachweiſe des fehlenden Intereſſes, ſondern ſie hat lediglich die fruchtloſe Feſtſetzung zur Vorausſetzung. Wird fernerhin die Leiſtung bis zum Ablaufe der Friſt teilweiſe nicht bewirkt, ſo kann der nichtſäumige Teil nach § 326, wenn er nachweiſt, daß die teilweiſe Erfüllung des Vertrages für ihn kein Intereſſe hat, Schadenserſatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen oder vom ganzen Vertrage zurücktreten, ein Recht, das ihm nach § 286 nicht gegeben iſt.[39])

Die Unterſchiede zwiſchen § 326 und § 286, die den erſteren zu einer weit ſchneidigeren Waffe machen, als der letztgenannte iſt, ſind weiterhin folgende: Einmal gewährt § 326 Abſ. 2, wie ſchon geſagt, außer dem in § 286 Abſ. 2 genannten Rechte des Schadenserſatzes wegen Nichterfüllung auch das Rücktrittsrecht. Dann aber macht er die Geltendmachung dieſer Rechte von dem Nachweiſe abhängig, daß der nichtſäumige Teil kein Intereſſe an der Erfüllung des Vertrages hat, während § 286 Abſ. 2 zu ſeiner Anwendung den Nachweis des Intereſſenwegfalls bezüglich der Leiſtung erfordert. Es iſt aber ſehr wohl der Fall denkbar, daß der Nichtſäumige an dem Vertrage, d. h. an der Gegenleiſtung im Verhältnis zur eigenen Leiſtung kein Intereſſe mehr hat, während die Gegenleiſtung für ſich, zumal wenn ſie in einer Geldleiſtung beſteht, immer noch für ihn von Intereſſe iſt.[40]) Die Abweichung des § 326 von dem § 286 hat den Zweck, klare und durchſichtige Verhältniſſe für gegenſeitige Verträge zu ſchaffen.

Unter Leiſtung iſt in § 326 ſowohl die Geſamtleiſtung des Käufers als auch die Abnahme allein zu verſtehen.[41])

Was nun die Frage der rechtlichen Zuläſſigkeit der Anwendung des § 326 auf den Abnahmeverzug anbetrifft, ſo iſt hierzu folgendes zu bemerken: Die Leiſtung des Käufers beſteht, wie ſchon verſchiedentlich hervorgehoben, aus zwei Teilen, der Zahlung des Kaufpreiſes und der Abnahme. Iſt der Käufer mit beiden Teilen im Verzuge, ſo findet § 326 zweifelsohne Anwendung, ebenſo beim Verzuge allein mit der Zahlung des Kaufpreiſes. Wie iſt

---

[38]) § 286 Abſ. 2 iſt für den Abnahmeverzug ohne Bedeutung, wie oben (§ 34 S. 116 f. dieſer Abh.) gezeigt.

[39]) Daß die entſprechende Anwendung von § 280 Abſ. 2 ſich für den Annahmeverzug verbietet, iſt oben (§ 34 S. 117 dieſer Abh.) gezeigt.

[40]) vgl. Striebinger a. a. O. S. 68 f. in demſelben Sinne.

[41]) vgl. § 34 dieſer Abh.

es aber, wenn der Käufer den Kaufpreis zahlt, aber nicht abnimmt? Diese Frage wird in der Literatur verschieden beantwortet. Die eine Ansicht will in diesem Falle § 326 nie angewandt wissen,[42]) eine zweite vermittelnde nur unter Umständen, wenn nämlich die Abnahme eine synallagmatische, eine Hauptleistung sei[43]) oder ähnlich,[44]) nach einer dritten Ansicht endlich ist er stets anzuwenden.[45])

ββ) Erörterung der Ansichten über die rechtliche Zulässigkeit der Anwendung des § 326.

§ 36.

1. Einwände gegen die Anwendung des § 326.

Das Nächstliegende wäre, auf Grund folgender Erwägung zur ständigen Anwendung von § 326 auf den Abnahmeverzug zu kommen: Der Kauf ist ein gegenseitiger Vertrag. Die Abnahmepflicht ist eine aus dem Kaufvertrage sich ergebende Leistungspflicht. Folglich finden auf die Abnahme die Vorschriften über

---

[42]) So Dernburg a. a. O. Bd. 2,2 S. 42f.; Jakobi a. a. O. S. 287f.; Kisch, Die Wirkungen der nachträglichen Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. für das Deutsche Reich, in Fischers Abh. Bd. 7 S. 7f.; Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB. für das Deutsche Reich, in Fischers Abh. Bd. 7 S. 129; Kohler, Lehrb. d. HR. Bd. 2 S. 203; Lippmann a. a. O. S. 802; Romeick a. a. O. Bd. 57 S. 110 Leitsatz 6; Schmitz a. a. O. S. 51.

[43]) So vor allem mit ausführlicher Begründung Staub a. a. O., Exkurs zu § 373 Anm. 67, Exkurs zu § 374 Anm. 164ff. und das Reichsgericht in RGZ. Bd. 53 S. 163f., Bd. 57 S. 108ff., im Recht 1903 S. 18; ferner Hackert a. a. O. S. 43f.; Hohenstein in Gruchots Beitr. Bd. 48 S. 720ff.; Neumann a. a. O. § 326 Anm. I, 6, § 433 Anm. IV, 3; Oberloskamp a. a. O. S. 55ff.; Oertmann a. a. O. § 326 Anm. 3d (dem RG. zustimmend); Paesch a. a. O. S. 151f. (wie das RG.); Planck a. a. O. § 433 Anm. 7b; Rauert, Anspruch auf Abnahme beim Kauf, Dienstvertrag und Werkvertrag S. 84; Schneider a. a. O. S. 41f.; Staudinger a. a. O. § 433 Anm. IX, 2eα; Striebinger a. a. O. S. 66 (dem RG. zustimmend im Ergebnis und in der Begründung); OLG. Marienwerder (14. 4. 1903), in Seufferts Arch. Bd. 59 S. 132ff.; OLG. Stuttgart (17. 10. 1902), in OLGRspr. Bd. 6 S. 48ff.

[44]) Makower a. a. O. Vorbem. zu §§ 375, 376 IX b 1; vgl. § 37 S. 128ff. dieser Abh.

[45]) So Cosack a. a. O. Bd. 1 S. 461; Crome a. a. O. Bd. 2 S. 425f.; Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. 3 S. 108, 110 (dagegen RGZ. Bd. 57 S. 108ff.); Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 938 Anm. 24; Fleck a. a. O. S. 254; Lehmann-Ring a. a. O. § 374 Anm. 2, § 376 Anm. 5; Rosenberg a. a. O. S. 261; Rosenthal a. a. O. S. 32; Schollmeyer a. a. O. S. 38; Schütze a. a. O. S. 34f., 42; OLG. Breslau (16. 10. 1902) im Recht 1902 S. 556; OLG. Karlsruhe (11. 7. 1902) im Recht 1902 S. 556; OLG. Karlsruhe (11. 7. 1902) im Recht 1903 S. 103 und OLGRspr. Bd. 6 S. 50; OLG. Marienwerder 6. 12. 1901) im Recht 1903 S. 103 und OLGRspr. Bd. 6 S. 51.

gegenseitige Verträge und somit auch § 326 Anwendung. Gegen das Ergebnis dieser Schlußfolgerung sind jedoch eine Reihe von Bedenken und Einwänden erhoben worden. Die hauptsächlichsten sind folgende: Man hat die Leistungsnatur der Abnahme bestritten, man hat ferner gesagt, § 326 beziehe sich nur auf synallagmatische oder Hauptleistungen, eine solche sei die Abnahme nicht, und wenn eine solche Nebenleistung wie die Abnahme nicht erfüllt werde, liege auch keine teilweise Leistung im Sinne des § 326 vor.

Der erste Einwand ist der von Romeick[46]) und Lippmann[47]) vorgebrachte, daß die Abnahme keine Leistung sei. Aus diesem Gesichtspunkte versucht auch Kohler[48]) seine Stellungnahme zu dieser Frage in verneinendem Sinn zu rechtfertigen, wenn er die Abnahmepflicht als eine Gläubigerpflicht erklärt. Die Ausführungen dieser drei Schriftsteller glauben wir in §§ 17 u. 19[49]) widerlegt zu haben.

Der zweite Einwand ist der: Wenn § 326 von Leistung spreche, so sei damit eine synallagmatische, eine Hauptleistung gemeint. Die Abnahme sei eine solche aber nicht.

Was nun zuerst allgemein die Frage anbetrifft, welcher Art die Leistung sein muß, um bei dem Verzuge mit ihr die Anwendung des § 326 zu rechtfertigen, so stimmen die meisten Vertreter der ersten, zweiten und teilweise auch der dritten Gruppe darin überein, daß § 326 Abs. 1 Satz 1 u. 2 nur auf den Fall angewandt werden dürfe, daß der Schuldner mit der Leistung im Verzuge sei, die eine synallagmatische oder Hauptleistung, d. h. die eigentliche Gegenleistung für die Leistung der nichtsäumigen Partei sei.

Zur Begründung dieser Ansicht verweist man auf die Fassung des § 326, insbesondere auf die Worte: „mit der ihm obliegenden Leistung". Das Reichsgericht[50]) führt in dieser Beziehung aus: Diese Vorschrift sei weder dahin zu deuten, daß die Voraussetzung ihrer Anwendung ein Verzug in allen Teilen der Leistung der einen Partei sei, noch dahin, daß der Verzug mit irgendeiner, wenn auch noch so nebensächlichen Leistung ausreiche, um die Anwendung dieses Paragraphen zu rechtfertigen. Der Wortlaut „Verzug mit der ihm obliegenden Leistung" weise vielmehr unzweideutig darauf hin, daß ein Verzug mit der Hauptleistung oder einer Leistung, die zu der im übrigen nicht erfüllten Haupt-

---

[46]) a. a. O. S. 58 ff.
[47]) a. a. O. S. 801.
[48]) Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 149 ff.; Lehrb. d. HR. Bd. 2 S. 202.
[49]) S. 62 ff., 71 ff. dieser Abh.
[50]) RGZ. Bd. 53 S. 163 f.

leistung gehöre, die Voraussetzung der Anwendung des § 326 Abs. 1 Satz 1 u. 2 sei.

Für diese Ansicht sprächen weiterhin, so bemerkt Staub[51]) im Einklang mit dem Reichsgericht,[52]) die Folgen, die der Gesetzgeber an den Verzug mit der Leistung knüpfe. Nur wenn es sich um „die dem Säumigen obliegende Leistung κατ' ἐξοχήν" handele, rechtfertigten sich die dem Nichtsäumigen zustehenden überaus weitgehenden, den ganzen Vertrag erfassenden Rechte.

Da das Gesetz aber nirgendwo ausdrücklich einen Unterschied zwischen Haupt- und Nebenleistungen oder synallagmatischen und nichtsynallagmatischen Leistungen macht, so ist es erklärlich, daß keine Einigkeit über diese Begriffe herrscht, daß im einzelnen Falle der eine dieselbe Leistung als Hauptleistung ansieht, die der andere für eine Nebenleistung erklärt.[53])

Gegen die Natur der Abnahme als synallagmatische oder Hauptleistung sind die verschiedensten Gründe geltend gemacht worden, von den Vertretern der erstgenannten Ansicht dahin, daß sie ausnahmslos, von den Anhängern der zweiten, vermittelnden Ansicht dahin, daß sie nur grundsätzlich und mit Ausnahmen gelten sollen. Diese Gründe sind nun im einzelnen folgende:

Staub[54]) bemerkt in dieser Beziehung: „Die Abnahmepflicht sei keineswegs, weder juristisch noch wirtschaftlich, der Gegenwert für die Lieferungspflicht des Verkäufers, dieser sei die Zahlung des Kaufpreises".

Dem stimmt Jakobi[55]) zu, indem er ausführt: Die Parteien dächten beim Kaufabschlusse, abgesehen von Sonderfällen, die hier nicht in Betracht kämen, gar nicht an die Abnahme. Der Käufer habe in diesem Augenblicke lediglich die Absicht, die Sache zu kaufen und dafür den Kaufpreis zu zahlen. Der Verkäufer wolle den Kaufpreis haben und deshalb gebe er die Sache auf, nicht, weil er sie los sein wolle. Weder die Höhe des Kaufpreises noch die Güte der Ware bemesse sich danach, ob der Käufer abnehmen solle oder nicht. Deshalb handele der Käufer auch den Vertragsabsichten nicht zuwider, wenn er nicht abnehme, den Verkäufer aber von der Lieferungspflicht befreie. Die Pflicht zur Abnahme sei lediglich eine Minderung der dem Verkäufer obliegenden Verpflichtung zur Lieferung. Eine synallagmatische Pflicht sei daher die Abnahmepflicht nicht.

---

[51]) a. a. O. Exkurs zu § 374 Anm. 163.
[52]) RGZ. Bd. 53 S. 163 f.
[53]) vgl. beispielsweise Staub a. a. O. Exkurs zu § 374 Anm. 161 ff.; gegen ihn Jakobi a. a. O. S. 281 f.
[54]) a. a. O. Exkurs zu § 374 Anm. 165.
[55]) a. a. O. S. 287 f.

Lippmann[56]) weist die Anwendung des § 326 in erster Linie aus dem Grunde zurück, weil die Abnahme keine Leistung sei,[57]) sagt aber dabei, selbst wenn sie eine Leistung wäre, bleibe seine Entscheidung der vorliegenden Frage dieselbe, weil beim Kauf das für die Anwendung des § 326 zu fordernde Gegenseitigkeitsverhältnis nur zwischen der Sache einerseits und dem Kaufpreise andererseits bestehe; die Abnahmepflicht des Käufers habe keinen selbständigen wirtschaftlichen Wert.

Ähnlich sind die Ausführungen von Kleineidam[58]) und Kisch.[59])

Diesen Ausführungen der obengenannten Schriftsteller ist in tatsächlicher Beziehung für die Mehrzahl der Fälle zuzustimmen, aber es gibt doch auch Fälle, in denen die Abnahme in der Tat juristisch und wirtschaftlich der Gegenwert für die Sachlieferung ist oder wenigstens den Hauptteil dieses Gegenwertes ausmacht und einen selbständigen wirtschaftlichen Wert hat. Es gibt Fälle, die auch bei Erörterung der vorliegenden Frage in Betracht kommen, in denen die Parteien beim Kaufabschlusse an die Abnahme denken, und die Höhe des Preises mit Rücksicht auf die Abnahmepflicht des Käufers bemessen wird. Man denke nur an den von Sprenger[60]) angeführten Fall und ähnliche.[61]) Für immer schlagen also die vorgebrachten Beweisgründe nicht durch: Die Abnahmepflicht kann tatsächlich sehr wohl eine synallagmatische, eine Hauptleistung sein.

Für diese Fälle erledigt sich auch Dernburgs[62]) Begründung der Nichtanwendbarkeit des § 326 ohne weiteres als verfehlt. Dieser sagt, die Rechte des Abnahmeverzuges und die möglicherweise kumulativ daneben gegebenen Rechte aus dem Annahmeverzuge seien ausreichende Mittel des Verkäufers gegen den Käufer, um sich bei Nichtabnahme von der Ware zu befreien. Die Rechte des § 326, namentlich aber das Rücktrittsrecht dem Verkäufer noch als weitere Mittel in die Hand zu geben, sei überflüssig.

In Fällen wie den obenerwähnten sprechen dieselben Gründe für das Gewähren der Rechte aus § 326 wie bei dem Verzuge mit jeder anderen Hauptleistung. Die Mittel, die dieser Paragraph dem Verkäufer in die Hand gibt, sind für diese Fälle ebenso-

---

[56]) a. a. O. S. 802.
[57]) vgl. dazu den Anfang dieses Paragraphen S. 121 dieser Abh.
[58]) a. a. O. S. 129.
[59]) a. a. O. S. 7 f.
[60]) a. a. O. S. 601, auf S. 54 dieser Abh. mitgeteilt.
[61]) Rosenberg a. a. O. S. 249; Hohenstein, Gruchots Beitr. Bd. 48 S. 721.
[62]) a. a. O. Bd. 2, 2 S. 43.

wenig überflüssig, als die gesamten Paragraphen über gegenseitige Verträge überflüssig sind.

Des weiteren weist Staub[63] auf die Entstehungsgeschichte des § 326 hin. Dieser Paragraph habe nämlich, wie sich aus den Vorarbeiten[64] ergebe, in den Art. 354—356 a. HGB. sein Vorbild und sei im Anschluß an sie in das Bürgerliche Gesetzbuch eingeführt worden. Man habe aber stets angenommen, und es entspreche dies allein den Verkehrsbedürfnissen und der Gerechtigkeit, daß diese Vorschriften des alten Handelsgesetzbuches zur Voraussetzung hätten, daß beide Vertragsteile mit ihrer eigentlichen wirtschaftlichen und begrifflichen Gegenleistung, der Verkäufer mit der Übergabe der Ware, der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises, im Verzuge seien.

Diesen Hinweis entkräftet Romeick[65] durch folgende Ausführungen: Wenn die von Staub angezogenen Artikel auch das Vorbild zu § 326 gewesen seien, so folge daraus nicht im entferntesten, daß dieser Paragraph auch denselben Beschränkungen unterliege wie jene Artikel. Jene Artikel hätten auch nur für den Kauf Geltung gehabt, diese Bestimmungen gälten aber für alle gegenseitigen Verträge. Weder Entstehungsgeschichte noch Stellung und Wortlaut des § 326 gäben irgendeinen Anhalt dafür, daß bei Anwendung auf den Kauf unter „Leistung" nur Zahlung des Kaufpreises oder Übergabe zu verstehen sei.

Gegen die Anwendung des § 326 auf den Abnahmeverzug führt Staub[66] weiterhin folgenden Grund ins Feld: Die Abnahme sei grundsätzlich Nebenleistung, und wenn eine solche Nebenleistung nicht erfüllt werde, könne man nicht davon reden, daß eine teilweise Erfüllung im Sinne des § 326 vorliege und deren Folgen einträten. Teilweise Erfüllung „bedeute nicht, daß von zwei verschiedenartigen Verpflichtungen die eine erfüllt werde, sondern sie begreife lediglich den Fall, daß eine Verpflichtung nicht quantitativ in vollem Maße, sondern nur zum Teil erfüllt werde, also wenn der Verkäufer nicht die ganze Ware liefere, der Käufer nicht den ganzen Kaufpreis zahle. Das gehe insbesondere auch aus § 323 Abs. 1 BGB. hervor. Wenn sich hier bei teilweiser Erfüllung die Gegenleistung entsprechend dem ausbleibenden Teile mindern solle, und noch dazu nach den Regeln der Minderung beim mangelhaft erfüllten Kaufvertrage, so könne sich dies nur auf qualitative Teilerfüllung beziehen. Wie solle sich z. B., wenn

[63] a. a. O. Exkurs vor § 374 Anm. 163.
[64] Mugdan, Mat. Bd. 2 S. 640.
[65] a. a. O. S. 69 f.; ähnlich Jakobi S. 287 und Makower, Vorbem. zu §§ 375, 376 IX d.
[66] a. a. O. Exkurs zu § 374 S. 163 f.

der Käufer mit der Abnahme im Verzuge sei, der Kaufpreis entsprechend der Nichterfüllung dieser Verpflichtung mindern?

Vorab sei bezüglich dieser letzten Worte ein Versehen Staubs berichtigt. Da die Abnahme eine Leistung des Käufers und nicht des Verkäufers ist, kommt eine Minderung des Kaufpreises bei Abnahmeverzug selbstverständlich nicht in Betracht, sondern lediglich eine solche der Leistung des Verkäufers. Dem Käufer kann doch nicht, wenn er eine seiner ihm obliegenden Leistungen nicht erfüllt, zum Lohne dafür auch seine andere Leistung verringert oder teilweise erlassen werden.[67])

Die Staubsche Mengetheorie hat in der Literatur u. W. nur Widerspruch gefunden. Insbesondere sind ihr Makower, Romeick und Rosenberg entgegengetreten. Makower[68]) sagt: Eine Einschränkung des Begriffs der teilweisen Leistung in der von Staub gewollten Weise sei im Bürgerlichen Gesetzbuch nirgends angedeutet. Unter Leistung sei vielmehr in §§ 322 ff. überall „die möglicherweise aus einer Reihe verschiedener einzelner Tätigkeiten bestehende Gesamtleistung des einen Vertragsschließenden zu verstehen". Gerade bei gegenseitigen Verträgen seien viele Fälle denkbar, in denen wohl eine teilweise Erfüllung der übernommenen Verpflichtung, aber nicht eine Erfüllung nach Mengeteilen in Frage komme. § 326 könne aber für seine Anwendung auf den Kauf nicht einschränkender ausgelegt werden als für seine Anwendung auf andere gegenseitige Verträge. Dann verweist Makower auf § 433 Abs. 1, wonach auch die Leistung des Verkäufers in zwei Bestandteile zerfällt, nämlich Übergabe und Eigentumsverschaffung. Mit Recht bemerkt er dazu: Von diesen beiden Leistungen könne man nicht, ohne dem Vorwurfe, willkürlich zu verfahren, mit Recht ausgesetzt zu sein, die eine als Haupt- und die andere als Nebenleistung bezeichnen. Wenn aber der Verkäufer nur eine dieser Leistungen mache, mit der anderen aber in Verzug komme, so würde es an einer gesetzlichen Festlegung der Folgen dieses Falles vollständig mangeln, wenn man nicht die Bestimmungen der §§ 320 ff. über die teilweise Erfüllung anwenden wolle.

Hier vergißt Makower allerdings, daß die Verzugsfolgen nach §§ 286 ff. zur Anwendung zu bringen wären.[69]) Der Hinweis auf die zweifachen Pflichten des Verkäufers ist aber ein richtiger Gedanke, den auch Romeick[70]) verwertet. Er sagt: Diese Pflichten

---

[67]) Auf dieses Versehen Staubs weist auch Makower (a. a. O. Vorbem. zu §§ 375, 376 IX e) hin.

[68]) a. a. O. Vorbem. zu §§ 375, 376 IX e.

[69]) vgl. § 34 dieser Abh.

[70]) a. a. O. S. 70 ff., 111.

seien zweifellos verschiedenartig und doch bestimme § 440 Abs. 1, daß der Käufer im Falle ihrer Nichterfüllung die aus §§ 320 bis 327 sich ergebenden Rechte habe.

Makower beruft sich dann auf folgenden Ausspruch des Reichsgerichts[71]: „Die Unterscheidung in der Wirkung der teilweisen Leistung, je nachdem sie Erfüllung in der Hauptsache oder in einer Nebensache sei, ist dem Bürgerlichen Gesetzbuch fremd". Der Hinweis Staubs auf § 323 Abs. 1 bestärkt Makower nur in seiner Ansicht. Diese Gesetzesstelle, so führt er aus, verweise auch auf § 473, welcher den Fall einer Verpflichtung zu verschiedenartigen Leistungen behandele. Indem in diesem Paragraphen der Kaufpreis zu den anderweitigen Leistungen dadurch in meßbare Beziehungen gesetzt werde, daß er eine Veranschlagung dieser Leistungen in Geld vorschreibe, gebe er einen Fingerzeig dafür, wie die Frage zu entscheiden sei, bezüglich welchen Teils der Gegenleistung des Verkäufers der teilweise Rücktritt vom Vertrage gemäß § 326 oder die Nichtleistung gemäß § 323 zulässig sei.

Rosenberg[72] erklärt die Ansicht Staubs für einen Irrtum und führt folgendes dagegen an: Dieser Irrtum sei offenbar dadurch hervorgerufen, daß man gewöhnlich sage, eine teilweise Leistung könne nur da vorkommen, wo die Leistung eine teilbare sei, d. h. wo sie unbeschadet ihres Wesens und Wertes in einzelne Teile zerlegt werden könne, die zusammen die ganze vollwertige Leistung ausmachten. Diese Begriffsbestimmung passe aber auch auf die Leistung des Käufers. Wenn beispielsweise der Käufer die Sache am 1. April abnehmen und den Kaufpreis am 1. Juli bezahlen solle, so sei er doch zweifellos zu Teilleistungen im Sinne des § 266 berechtigt.

Durch die Ausführungen der obigen Schriftsteller kann man die Theorie Staubs über teilweise Leistung als widerlegt betrachten und dementsprechend mit Planck[73] und Staudinger[74] die Anwendung des § 326 Abs. 1 Satz 3 bei Nichterfüllung der Abnahmepflicht für zulässig erklären.

§ 37.

2. Die vermittelnde Ansicht.

Der im vorigen Paragraphen erörterte Einwand, daß § 326 auf den Abnahmeverzug nicht Anwendung finde, weil die Abnahme eine Nebenleistung sei, wird, wie dort schon hervorgehoben,

---

[71]) RGZ. Bd. 56 S. 152.
[72]) a. a. O. S. 262 f.
[73]) a. a. O. § 433 Anm. 7 b.
[74]) a. a. O. § 433 Anm. IX, 2 eβ.

auch von den Anhängern der vermittelnden Ansicht erhoben. Sie schwächen ihn aber dahin ab, daß dies nur in der Regel so sei. Es gebe, so führen sie aus, auch Fälle, in denen die Abnahme eine Hauptleistung, eine synallagmatische Leistung oder ein Teil einer solchen und dementsprechend § 326 beim Abnahmeverzug anzuwenden sei. Die beiden Hauptvertreter dieser Ansicht, die sich ausführlich über diese Frage äußern, sind Staub und das Reichsgericht.

Staub[75]) bemerkt in dieser Beziehung: Derartige Nebenverpflichtungen, wie er sie als Beispiele angeführt hat[76]) und zu denen er auch die Abnahmepflicht zählt, „seien aber häufig ein Teil der Hauptverpflichtung, nämlich dann, wenn sie in so engem Zusammenhange mit der Hauptleistung ständen, daß die Hauptleistung als nicht bewirkt gelte, wenn die Nebenleistung nicht mit ihr verbunden sei. Auch die Abnahmepflicht könne unter besonderen Umständen eine Hauptverpflichtung sein, die zur Anwendung des § 326 führe. Als solche besondere Umstände seien zu erachten die Tatsache, daß der Betrieb eines ganzen Geschäfts, einer Kohlengrube auf einen großen Lieferungsvertrag eingerichtet sei; die Rückständigkeit mit der Abnahme großer Quantitäten störe die Durchführung des ganzen Betriebes; auch fehle oft der Platz zur Lagerung einer großen Menge (RG. im Recht 1905 S. 470 N. 1835, S. 471 N. 1839). Die Abnahmepflicht sei so zur Hauptverpflichtung geworden. Insbesondere träten diese Gesichtspunkte bei Jahresbezügen und bei Sukzessivlieferungsgeschäften hervor, die schnelle Räumung des Lagers, pünktliche Abnahme wegen bereitgestellter Transportmittel oder wegen Anstellung zum Verladen bestimmter, sonst unbeschäftigter Kräfte verlangten. Man dürfe also sagen, es seien immer besondere Umstände nötig, damit die Abnahme zur Hauptverpflichtung werde (JurW. 1903 Beil. 3 N. 46, Beil. 9 N. 180, 1904 S. 112 N. 7 und S. 171 N. 12). Diese Ausnahme liege aber vor, wenn infolge besonderer Vertragsbestimmung oder nach der Natur der Sache die Abnahme als Teil der dem Käufer obliegenden Hauptleistung gedacht sei (RG. in L. Z. 1907 S. 287 N. 6). Nur könne der Charakter der Abnahmepflicht als Hauptverbindlichkeit nicht damit begründet werden, daß jedesmal nach der Abnahme Barzahlung zu erfolgen habe; denn alsdann liege bei Nichtabnahme Annahmeverzug und Zahlungsverzug vor, welch letzterer für sich allein zur Anwendung des § 326 BGB. führe".

---

[75]) a. a. O. Exkurs zu § 374 Anm. 168.
[76]) a. a. O. Exkurs zu § 374 Anm. 161 ff.

Staub führt in dieser Erörterung seine Ansicht über teilweise Erfüllung nicht scharf durch.[77]) Einmal[78]) bedeutet bei ihm teilweise Leistung im Sinne des § 326 nur die der Menge nach nicht vollständige Leistung, aber nicht die Erfüllung nur einer von zwei verschiedenwertigen Leistungen, und ein andermal sagt er, die Abnahme sei ein Teil der Hauptleistung, und bei Nichterfüllung dieses Teils will er § 326 Anwendung finden lassen.

Ähnlich wie Staub führt das Reichsgericht[79]) aus: Die Zahlung des Kaufpreises sei stets, die Abnahme in der Regel weder selbst Hauptleistung, noch zu einer solchen gehörig. Wann dies aber doch der Fall sei, lasse sich nur nach den Umständen des einzelnen Falles entscheiden. Vor allem dürfe man nicht aus der Tatsache, daß die Verpflichtung zur Abnahme eine dem Kauf in der Regel zukommende Wirkung sei, den Schluß ziehen, daß die Abnahme eine Hauptleistung sei. Es ergebe sich vielmehr vielfach „unmittelbar aus der Natur und dem Gegenstande des Geschäftes, so im Großhandel bei Lieferung von Massenprodukten und Massenartikeln, oder aus besonderen Bestimmungen des Vertrages, wie bei Verkäufen ab Schiff u. dergl., daß die Abnahmepflicht des Käufers ein Teil der ihm obliegenden Hauptleistung sei". In Fällen dieser Art sei beim Abnahmeverzug die Anwendung des § 326 gestattet.

Neumann[80]) sieht in der Abnahme dann eine Hauptleistung und läßt beim Abnahmeverzug § 326 Platz greifen, „wenn der Verkäufer nach den Umständen des Falles ein selbständiges Interesse an der Abnahme hat".

Zu einem ähnlichen Ergebnis wie die Vorgenannten kommt Makower[81]) auf Grund folgender Erwägungen: Die Worte „mit der ihm obliegenden Leistung" seien dahin zu verstehen, daß damit die Gesamtleistung gemeint sei. Die Abnahme sei aber nur ein Teil der Leistung des Käufers. Es kämen daher beim Abnahmeverzug die Grundsätze über teilweise Leistung zur Anwendung. Wolle man in diesem Falle § 326 Satz 1 u. 2 anwenden, so sei dies eine entsprechende, analoge Anwendung. Dann schränkt er die Anwendung des § 326 folgendermaßen ein: „Nur insoweit werde der im Anschluß an Staubs Ansicht ergangenen

---

[77]) Worauf auch Makower (a. a. O. Vorbem. zu §§ 375, 376 IX c, im Text ist irrtümlich e statt c gedruckt) hinweist.

[78]) a. a. O. Exkurs zu § 374 Anm. 163 f.

[79]) RGZ. Bd. 53 S. 163 f., Bd. 57 S. 108 ff.; Recht 1903 S. 18, 1905 S. 470 N. 1835, S. 471 N. 1839; JurW. 1903 Beil. Bd. 3 S. 46, Beil. Bd. 9 S. 180, 1904 S. 112 N. 7, S. 171 N. 12 und an anderen Orten. Über die dem RG. zustimmende Literatur vgl. § 35 Anm. 43 dieser Abh.

[80]) a. a. O. § 326 Anm. 1, 6.

[81]) a. a. O. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. IX b u. XIII a.

Rechtsprechung beigepflichtet werden dürfen, als die Ausübung der Rechte aus § 326 hinsichtlich des Gesamtvertrages auszuschließen sei, wenn die durch Nichterfüllung der Abnahme- oder Nebenverpflichtung unter Erfüllung der sonstigen Hauptleistung eintretende Trennung der Gesamtleistung nicht gegen das Interesse des Nichtsäumigen verstoße. Hierzu bedürfe es keiner Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenleistung", sondern es folge dies ohne weiteres aus der Auffassung, daß bei teilweiser Leistung unter Teil nicht nur ein Mengeteil zu verstehen sei.[82])

Die durch die Nichterfüllung der Abnahme erfolgende Trennung der Gesamtleistung wird aber immer in den Fällen gegen das Interesse des Nichtsäumigen verstoßen, in denen dieser ein lebhaftes Interesse an der Abnahme hat. Es sind dies aber die Fälle, in denen die Abnahme tatsächlich eine Hauptleistung ist. Makower erkennt das auch an, wenn er sagt, die Ergebnisse seiner Ansicht wichen von denen der Ansicht Staubs gar nicht so erheblich ab.

Auf alle diese Ausführungen ist nur das eine zu erwidern: Zuzugeben ist, daß die Abnahme tatsächlich in den meisten Fällen eine Nebenleistung des Käufers ist, aber das Gesetz kennt keine Unterscheidung von Haupt- und Nebenleistungen[83]) oder eine Einschränkung der Folgen des § 326 im Sinne Makowers. Aber selbst wenn das Gesetz diesen Unterschied oder diese Einschränkung machte, würde beim Abnahmeverzug § 326 stets anzuwenden sein, wie im folgenden Paragraphen des näheren dargelegt wird.

§ 38.

3. Gründe für die stete Anwendung des § 326.

Wie schon oben bemerkt, bietet das Gesetz in keiner Weise einen Anhalt für eine Unterscheidung von Haupt- und Nebenleistung. Aber selbst wenn die Worte „mit der ihm obliegenden Leistung" dahin zu deuten wären, daß unter Leistung eine Hauptleistung oder ein Teil einer solchen zu verstehen wäre, so würde die Abnahme als eine solche zu betrachten und somit § 326 beim Abnahmeverzug stets anzuwenden sein. Der Beweisgrund, auf den wir fast alle unsere übrigen Ausführungen und Folgerungen stützen, spricht auch hierfür: der Wortlaut des § 433 Abs. 2. Durch die „lapidare Gleichstellung" der Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises und der zur Abnahme hat der Gesetzgeber, wie Rosenthal[84]) sagt, ausdrücken wollen, daß er die Abnahmepflicht, gleich-

---

[82]) a. a. O. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. IX e; vgl. auch § 36 S. 124 f. dieser Abh.

[83]) Ebenso Schütze a. a. O. S. 35; ähnlich Romeick a. a. O. S. 70.

[84]) a. a. O. S. 30; in gleichem Sinne Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. 3 S. 109 f.

gültig, ob sie im einzelnen Falle eine synallagmatische sei oder nicht, stets als eine solche behandelt wissen wollte. Man kann sich u. E. diesem Beweisgrunde nicht verschließen: In demselben Satze und durch ein und dasselbe Wort „verpflichtet" legt das Gesetz die Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises und zur Abnahme auf, und es soll dann die Bestimmungen über gegenseitige Verträge bezüglich der ersten Leistung immer, bezüglich der zweiten nur, wenn sie tatsächlich Haupt- oder synallagmatische Leistung sei, gelten lassen! Hierfür bietet weder das Gesetz selbst noch seine Entstehungsgeschichte auch nur den geringsten Anhalt. Es verhält sich mit dieser Frage ähnlich wie mit der, ob zur Klage auf Abnahme der Nachweis eines Interesses erforderlich ist.[85]) Der Gesetzgeber hat gefunden, daß vielfach ein solches Interesse gegeben ist, und hat daher die Abnahmepflicht festgesetzt. Da er dies aber bedingungslos getan hat, ist der Nachweis eines Interesses zur Klage auf Abnahme nicht notwendig. Die Abnahme ist nun auch vielfach eine derartige Leistung, daß bei dem Verzuge mit ihr zweifellos dieselben Gründe, die für die Gewährung der in den Vorschriften über Leistung bei gegenseitigen Verträgen bezüglich dieser Leistungen gegebenen Rechte sprechen, sich auch für die Abnahme geltend machen lassen. Das hat der Gesetzgeber gefunden und sie zu einer Leistung aus einem gegenseitigen Vertrage, dem Kauf, gestempelt. Er hat dies bedingungslos getan und ohne irgendwelchen Nachweis bezüglich ihrer Bedeutung im einzelnen Falle zu verlangen. Man muß daher die Folgerungen aus dieser Behandlung durch den Gesetzgeber ziehen und kommt dann zu dem Ergebnis, daß der Abnahme dieselbe Bedeutung zuzumessen ist wie jeder anderen Leistung aus einem gegenseitigen Vertrage.

Noch ein weiterer dem Handelsgesetzbuch entnommener Beweisgrund wird zur Rechtfertigung dieser Ansicht angeführt, nämlich daß § 375 Abs. 2 HGB. dem Verkäufer beim Bestimmungsverzuge, also mit dem Verzuge einer Nebenleistung ausdrücklich die Rechte des § 326 gebe. Crome[86]) bemerkt dazu, der Unterschied zwischen der Pflicht zur Abnahme und der zur Bestimmung sei doch nur ein „gradueller". Düringer-Hachenburg[87]) stimmen dem zu und meinen, die für die Bestimmungspflicht gegebenen Erwägungen der Denkschrift[88]) träfen auch für die Abnahmepflicht zu.

Striebinger[89]) will diesen Hinweis in entgegengesetztem Sinne verwerten und führt in dieser Hinsicht aus: Die Bestimmungs-

---

[85]) vgl. § 20 S. 79 f. dieser Abh.
[86]) a. a. O. Bd. 2 S. 426 Anm. 44.
[87]) a. a. O. Bd. 3 S. 109 f.
[88]) Bd. 2 S. 217; Hahn, Mat. Bd. 6 S. 370 f.
[89]) a. a. O. S. 67.

pflicht sei keine Nebenpflicht. § 375 Abs. 2 sei als Sonderbestimmung aufzufassen und wäre gar nicht notwendig, wenn allgemein bei Abnahmeverzug § 326 anzuwenden wäre.

Die letzte Bemerkung ist jedenfalls unrichtig. § 375 Abs. 2 HGB. gibt doch dem Verkäufer auch das Recht, die Bestimmung selbst vorzunehmen, und das hat mit § 326 BGB. nichts zu tun. Außerdem steht Striebinger mit seiner Ansicht, daß die Bestimmung Hauptleistung sei, wohl ziemlich allein.

Oberloskamp[90]) zieht aus § 375 Abs. 2 HGB. den Schluß: Wenn dieser Paragraph für einen Fall des Verzuges mit einer Nebenleistung, für den des Bestimmungsverzuges, § 326 Anwendung finden lasse, so spreche die Vermutung dafür, daß § 326 bei dem Verzuge mit anderen Nebenleistungen nicht gegeben sein solle.

Dem ist u. E. nicht beizupflichten. Der Gesetzgeber hat für den Bestimmungskauf die Anwendung des § 326 ausdrücklich angeordnet, während er das für den Kauf nach § 433 bezüglich der Abnahme nicht für nötig hielt wegen der in diesem Paragraphen sich findenden Gleichstellung von Abnahme- und Zahlungspflicht. Der Gesetzgeber war sich über das Verhältnis von Bestimmung und Abnahme und dessen Folgen[91]) anscheinend nicht ganz klar; war er es doch, dann ist § 375 Abs. 2, soweit er die Anwendung des § 326 anordnet, mit Rosenthal[92]) aus einer „verfehlten Gründlichkeit des Gesetzgebers" zu erklären.

Wenn die stete Anwendung des § 326 beim Abnahmeverzug einerseits dem Gesetze entspricht, so bietet sie andererseits auch in rechtlicher und wirtschaftlicher Beziehung große Vorteile, die sich bei der Handhabung des § 326 im Sinne der Ansicht der beiden anderen Gruppen nicht ergeben.

Düringer-Hachenburg[93]) führen in dieser Beziehung aus: Die stete Anwendung des § 326 auf den Abnahmeverzug entspreche der Billigkeit und den Bedürfnissen des Verkehrs. Die durch die Nichtabnahme dem Verkäufer entstehenden Nachteile könnten vielfach in Geld gar nicht ausgeglichen werden. Wenn man § 326 nicht angewandt wissen wolle, so nehme man dem Verkäufer die Möglichkeit des Rücktritts vom Vertrage und damit die Möglichkeit der sofortigen anderweitigen Verfügung über den Kaufgegenstand. Dadurch werde der Verkäufer in vielen Fällen gezwungen, anstatt den Schaden in einfacher Weise abzuwenden, zunächst alle Folgen des Verhaltens des säumigen Käufers über

---

[90]) a. a. O. S. 64.
[91]) vgl. §§ 28 f. dieser Abh.
[92]) a a. O. S. 35.
[93]) a. a. O. Bd. 3 S. 109 f.

sich ergehen zu lassen und dann wegen Ausgleichung des Schadens unter Umständen einen langwierigen Rechtsstreit zu führen. Ein derartiges unpraktisches Ergebnis habe aber der Gesetzgeber doch nicht gewollt. Das ergebe sich aus dem Wortlaute des § 433, in dem er die Bedeutung der Abnahmepflicht betone.

Auch falle bei dieser Auslegung ein großer, vom Handelsstand als äußerst peinlich empfundener Mißstand weg. Der Verkäufer brauche nämlich nicht mehr den wegen seiner strengen und äußerst lästigen Formvorschriften für den Verkäufer so gefährlichen Selbsthilfeverkauf vorzunehmen, vielmehr bilde die Versteigerung nur die Unterlage für die Berechnung des Schadens.

Rosenthal[94]) weist ferner für die vorliegende Frage auf folgende Ausführungen Paechs[95]) hin: „Die moderne Zeit weist das Bestreben auf, rechtliche Verhältnisse auch da, wo nicht gerade Handelssachen in Frage kommen, zu möglichst raschem Abschlusse zu bringen. Sie drängt daher auch zu einer schleunigen Lösung von Verbindlichkeiten, welche am Leistungsverzuge kranken, damit der vertragstreue Teil nicht über die Gebühr hinaus auf die ausstehende Leistung, welche überhaupt nicht oder nur nach geld- und zeitraubenden prozessualen Weiterungen für ihn zu erlangen ist, zu warten braucht, sondern sich dieselbe von dritter Seite beschaffen kann, ohne irgendwelche nachteiligen Konsequenzen befürchten zu müssen". Diese Darlegungen lassen sich wohl zur Beantwortung der vorliegenden Frage im Sinne der steten Anwendung von § 326 beim Abnahmeverzug verwerten.

Hierfür sprechen auch noch folgende Erwägungen[96]): Es wird durch die stete Anwendung von § 336 eine klare Rechtslage geschaffen und der Verkäufer kann ohne weiteres bei steigender Preisbewegung vom Vertrage zurücktreten, bei sinkender aber den Preisunterschied als Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

Gegen die hier vertretene Ansicht wendet sich insbesondere das Reichsgericht[97]) und führt aus: Die Vorzüge der steten Anwendung von § 326 würden durch die Bedenken aufgewogen, die unverkennbar darin lägen, daß an den Verzug mit einer meist nebensächlichen Leistung, wie die Abnahme sei, die weittragenden Wirkungen des § 326 schlechthin geknüpft würden. Es entspreche das auch nicht der Billigkeit und dem Verkehrsbedürfnisse. Betreffe z. B. ein Meinungsstreit lediglich die Frage, wann abzunehmen sei, ob am 1. September oder am 1. November, so würde,

---

[94]) a. a. O. S. 30.

[95]) a. a. O. S. 150; Paech selbst gehört zu den Vertretern der vermittelnden Ansicht.

[96]) vgl. RGZ. Bd. 57 S. 111 f.

[97]) RGZ. Bd. 53 S. 163, Bd. 57 S. 111 f.

wenn es sich herausstelle, daß am 1. September zu liefern gewesen sei, die Anwendung des § 326 bloß wegen des Abnahmeverzuges in den weitaus meisten Fällen zu Unbilligkeiten und Härten führen.

Soweit die Nebensächlichkeit der Abnahmeleistung vom Reichsgericht zur Stütze seiner Ausführungen angeführt wird, sind diese nach unseren obigen Ausführungen wohl als entkräftet zu betrachten. Was aber die Härten und Unbilligkeiten anbetrifft, so können solche doch nur den Käufer treffen, dem gegenüber von den Rechten des § 326 Gebrauch gemacht wird. Dessen Interesse ist aber hinreichend gewahrt, wie Rosenberg[98]) darlegt. Er sagt: Dem Käufer müsse doch in jedem Falle eine angemessene Frist zur Nachleistung gewährt werden mit der Androhung des Rücktritts vom ganzen Vertrage oder der Ablehnung der ganzen Leistung, und das genüge zur Wahrung der Interessen des Käufers. Wenn dieser trotzdem nicht erfülle, obwohl er die Folgen der Nichterfüllung genau kenne, so sei es billig, daß er die Folgen seiner Handlungsweise über sich ergehen lassen müsse.

Der sich hiergegen richtende Einwand Brinkmanns,[99]) Rosenberg bewege sich in einem circulus vitiosus, da er die Möglichkeit einer rechtswirksamen Androhung des Rücktritts voraussetze und dadurch zu demselben Ergebnisse komme, ist u. E. ungerechtfertigt. Rosenberg will durch die angeführte Stelle nicht den Nachweis der Möglichkeit dieser rechtswirksamen Androhung führen, er sucht nur den Einwand der Unwirtschaftlichkeit der steten Anwendung des § 326 zu widerlegen. Seinen Ausführungen ist u. E. voll beizupflichten. Die Interessen des Käufers sind in einer Weise gewahrt, daß man von Härten und Unbilligkeiten nicht reden kann: In der ihm zu gewährenden angemessenen Frist kann der Käufer, wenn er den angedrohten Nachteilen entgehen will, die Abnahme selbst bewerkstelligen oder, wenn er dies nicht kann, sie durch einen Dritten ausführen lassen, da sie ja eine vertretbare Handlung ist,[100]) und die Ware auf einen Lagerplatz bei sich oder bei einem anderen schaffen oder sie aufgeben. Tut er das nicht, so muß er eben die Folgen dieser Vertragsverletzung tragen wie die jeder anderen Vertragsverletzung. Diese Nachteile treffen ihn nicht unverhofft und nicht, ohne daß ihm die Möglichkeit gewährt war, sie abzuwenden.

Die hier vertretene Ansicht wird praktisch in ihren Ergebnissen nicht allzu oft von der vermittelnden Ansicht abweichen. Der

---

[98]) a. a. O. S. 263 ff.
[99]) a. a. O. S. 37 f.
[100]) vgl. § 12 dieser Abh.

Verkäufer wird wohl selten von den Rechten des § 326 Gebrauch machen, wenn die Abnahme nicht tatsächlich für ihn von Bedeutung ist, so daß ein Fall der Haupt- oder synallagmatischen Leistung im Sinne jener Ansicht vorliegt. In anderen Fällen wird meistens das Interesse, das den Verkäufer zur Schließung des Kaufvertrages bewog, ihn hindern, Rechte geltend zu machen, die diesen aufheben.

§ 39.

c) Verhältnis der Folgen des Abnahmeverzuges zu denen des Annahmeverzuges. Frage der Konfusion.

Wie sich aus unseren Ausführungen in § 33 [101]) ergibt, ist der im Abnahmeverzug befindliche Käufer meist auch im Annahmeverzug. Für das Verhältnis der Folgen des Annahme-Gläubigerverzuges zu denen des Abnahme-Schuldnerverzuges sind drei Ansichten in der Literatur vertreten: Die Folgen des Annahmeverzuges werden durch die des Abnahmeverzuges konsumiert, in welchem Falle das Recht durch die Pflicht konsumiert wird,[102]) oder was fast durchweg angenommen wird, die Folgen des einen Verzuges konkurrieren mit denen des anderen. Über die Natur dieser Konkurrenz gehen die Ansichten wieder auseinander. Die herrschende Ansicht nimmt eine kumulative,[103]) die andere eine alternative[104]) Konkurrenz an. Eine elektive Konkurrenz wird von keiner Seite behauptet.[105]) Die kumulative Konkurrenz bedeutet, daß der Verkäufer die Rechte aus dem Abnahme- und zugleich die aus dem Annahmeverzug geltend machen kann, soweit sie sich nicht sinngemäß ausschließen, die alternative, daß der

---

[101]) S. 111 ff. dieser Abh.

[102]) So Warschauer, Der Tatbestand des Annahmeverzuges nach gemeinem Recht und BGB. S. 20, ohne nähere Begründung.

[103]) So Brinckmann a. a. O. S. 52; Cosack a. a. O. Bd. 1 S. 461; Dernburg a. a. O. Bd. 2, 2 S. 42; Makower a. a. O. § 373 Anm. IV Vorbem. zu §§ 375, 376 IX f; Mot. in Mugdan, Mat. Bd. 2 S. 227; Oberloskamp a. a. O. S. 70; Paech a. a. O. S. 28; Rosenthal a. a. O. S. 23; Schneider a. a. O. S. 42; Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse S. 38; Schütze a. a. O. S. 33; Striebinger a. a. O. S. 70 f.; OLG. Frankfurt a. M. v. 8. 4. 1903 im Recht 1903 S. 263, 1396; OLG. Marienwerder v. 6. 12. 1901 in OLGRspr. Bd. 6 S. 50 u. a. m.

[104]) So Crome a. a. O. Bd. 2 S. 147 ohne nähere Begründung: „Dem Gegner steht hier frei, die rechtlichen Folgen der einen oder anderen Verzugsart zu ziehen"; Fleck a. a. O. S. 258 f.; Hohenstein im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 25 S. 70 f.

[105]) Wenn Schmitz (a. a. O. S. 45) das von Fleck behauptet, so ist das ein Irrtum; Fleck nimmt eine alternative Konkurrenz an; vgl. auch über seine Ausführungen S. 136 ff. dieser Abh.

Verkäufer sich nach seiner Wahl entweder lediglich auf die Rechte aus dem einen oder lediglich auf die aus dem anderen Verzuge berufen kann, und daß er ein ius variandi hat bis zu dem Augenblick, in dem die getroffene Wahl in erkennbarer Weise nach außenhin durch Geltendmachung der einen Verzugsfolgen hervortritt. Wird das ius variandi erst durch erfolgreiche Geltendmachung des Rechts aus dem einen Verzuge ausgeschlossen, so bedeutet dies eine elektive Konkurrenz.

Im einzelnen wird für und gegen die beiden in Frage kommenden Arten der Konkurrenz folgendes vorgebracht:

Hohenstein[106]) weist den Gedanken der kumulativen und elektiven Konkurrenz zurück mit der Begründung, es verbiete sich dieser nach dem Grundsatze: confusione extinguitur obligatio ac solutione. Nach seiner Ansicht ist nur die alternative Konkurrenz statthaft, „und zwar in der Art, daß es dem Verkäufer freisteht, den Käufer als Schuldner oder als Gläubiger zu betrachten". Die Gründe, die ihn zu dieser Ansicht drängen, sind des näheren folgende: Eine Zergliederung der Annahme- und Abnahmehandlung in die einzelnen körperlichen und seelischen Vorgänge, aus denen sie zusammengesetzt seien, ergebe eine vollständige Gleichheit. In dem Wesen des Schuldverhältnisses liege es aber, daß nicht eine Person für dieselbe Leistung gleichzeitig Gläubiger und Schuldner sein könne. In dem Augenblicke, in dem diese beiden Eigenschaften sich in einer Person vereinigten, konfundierten sie. Infolgedessen werde das Forderungsrecht aufgehoben und zerstört. Aber trotz der völligen Gleichheit der Leistung, die der Käufer als Schuldner auszuführen und als Gläubiger zu beanspruchen habe, werde man eine Konfusion des Annahmerechts und der Abnahmepflicht verneinen und eine alternative Konkurrenz annehmen müssen. „Die Klippe der Konfusion umschiffe man hierbei, indem man das Schuldverhältnis hinsichtlich der Abnahmepflicht als ein latentes, bedingtes bezeichne, bedingt durch den Willen des Verkäufers. Zur Entstehung komme es erst, sobald er den Willen zu erkennen gebe, wegen Verletzung desselben Schadensersatz zu fordern oder sonstige Rechte geltend zu machen."

Die Hohensteinschen Ausführungen sind schon aus dem Grunde unrichtig, weil sie auf unrichtiger Grundlage beruhen. Abnahme und Annahme sind verschiedene Begriffe.[107]) Aber selbst wenn Abnahme und Annahme gleich wären, würde der Gedanke des Erlöschens der Rechte durch Konfusion von der Hand zu weisen sein auch ohne die gekünstelte Konstruktion Hohensteins,

[106]) Arch. f. bürgerl. R. Bd. 25 S. 70 f.
[107]) vgl. § 13 dieser Abh.

für die sich in keiner Weise ein Anhalt im Gesetz ergibt. Es würde dann eben das gesamte Recht der Annahme oder Abnahme zugleich eine Pflicht sein insofern, als das Recht ausgeübt werden müßte. Das Recht richtet sich aber gegen den Verkäufer, den die diesem entsprechende Pflicht zur Übergabe trifft. Konfusion tritt aber nicht dann ein, wenn ein Recht in seiner Gesamtheit auch ausgeübt werden muß, also zu einer Pflicht gestempelt wird, sondern dann, wenn das Recht und die diesem Rechte entsprechende Pflicht in einer Person zusammentreffen, wenn z. B. der Käufer in die gesamten Rechte des Verkäufers einträte oder umgekehrt. Ein Vergleichsfall ist das Recht und die Pflicht des Vaters, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen (§ 1627).[108])

Das Verhältnis von Abnahmepflicht und Annahmerecht läßt sich dahin kennzeichnen, daß der Teil der Handlung, in der die Ausübung des Annahmerechts besteht, zur Pflicht gestempelt worden ist, an dem der Verkäufer in vielen Fällen ein Interesse hat.[109])

Nach alledem ist die Annahme einer alternativen Konkurrenz zurückzuweisen. Man wird sich vielmehr für eine kumulative Konkurrenz entscheiden müssen. Hierfür spricht auch die ratio legis.[110]) Die Abnahmepflicht ist aus dem Grunde festgesetzt worden, weil die Rechte aus dem Annahmeverzuge zur Wahrung der Interessen des Verkäufers nicht ausreichen. Wenn der Gesetzgeber diese Interessen durch die Festsetzung einer Pflicht schützen wollte, dann wollte er auch alle Folgen einer solchen, und die Verletzung einer Leistungspflicht zieht die Leistungsverzugsfolgen nach sich. Es ist aber nun kein Grund ersichtlich, warum bei gleichzeitigem Abnahme- und Annahmeverzuge die Leistungsverzugsfolgen nicht neben und zugleich mit den Gläubigerverzugsfolgen gegeben sein sollen, natürlich, soweit sie sich nicht begrifflich ausschließen. Man kann z. B. nicht vom Kaufvertrage zurücktreten und zugleich Rechte aus dem Annahmeverzuge geltend machen.

Cosack,[111]) der sich auch für die kumulative Konkurrenz ausspricht, weist darauf hin, daß die Rechte aus dem Annahmeverzuge unabhängig von der Bewilligung einer Nachfrist und daher für den Verkäufer oft günstiger sind.

Gegen die Annahme einer kumulativen Konkurrenz kämpft Fleck[112]) an, indem er ausführt: Bei dieser Auffassung werde die

---

[108]) Worauf auch Oberloskamp (a. a. O. S. 69 f.) verweist, der ebenso wie Paech (a. a. O. S. 27 f.) den unsrigen ähnliche Ausführungen macht.

[109]) vgl. § 11 S. 42 dieser Abh.

[110]) Worauf auch Oberloskamp a. a. O. S. 70 hinweist.

[111]) a. a. O. Bd. 1 S. 461.

[112]) a. a. O. S. 258 f.

Lage des Käufers auf das höchste gefährdet, dieser sei schutzlos der Willkür seines Gegners preisgegeben. Wenn z. B. der Verkäufer dem Käufer die öffentliche Vollstreckung ankündige, der Käufer alsdann unter Aufwendung von Kosten Vorbereitungen treffe, um seine Interessen sachgemäß zu wahren, könne sich der Verkäufer im letzten Augenblick plötzlich anders besinnen und es vorziehen, sich der Ware unter der Hand zu entäußern.

Ein solches Verfahren würde gegen Treu und Glauben verstoßen und verbietet sich daher aus diesem Gesichtspunkte. Durch den Grundsatz von Treu und Glauben wird eben dem ius variandi eine in greifbare Nähe gerückte Schranke gezogen.

Ein zweiter Einwand Flecks läuft auf den von Romeick[113]) gemachten hinaus. Fleck sagt nämlich: Wenn der Käufer im Abnahmeverzuge sei, hafte der Verkäufer nach Moragrundsätzen und nach § 254 bei der Aufbewahrung für jede Nachlässigkeit; bei dem Annahmeverzuge des Käufers habe er gemäß § 300 nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten. Wenn man aber gestatte, die Folgen beider Verzugsarten gleichzeitig geltend zu machen, könne der Nichtsäumige nicht nur Schadensersatz fordern, sondern auch außerdem seine Aufbewahrungspflicht auf ein Mindestmaß zurückführen.

Fleck leidet bei dieser Ausführung an derselben Unklarheit wie Romeick.[114]) Bei Abnahmeverzug des Käufers ist nämlich die Abnahme die verzögerte Leistung, d. h. das körperliche Hinwegschaffen, nicht die geschuldete Sache, also kann hier von Aufbewahrung sinngemäß nicht die Rede sein, wohl kann der Verkäufer Schadensersatz wegen Nichtabnahme verlangen mit der Einschränkung aus § 254. Bei Annahmeverzug ist die in Frage stehende Sache der vom Verkäufer geschuldete Gegenstand, auf den sich dessen Aufbewahrungspflicht und Verantwortlichkeit bezieht. Bezüglich dessen Vorhandenseins haftet er beim Annahmeverzuge allerdings nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.

Die Sachlage ist also die: Der Verkäufer kann bei gleichzeitigem Annahme- und Abnahmeverzug des Käufers, wenn seinerseits kein Verschulden zur Entstehung des Schadens mitgewirkt hat, vollen Ersatz des Schadens fordern, der durch die Nichtabnahme oder verzögerte Abnahme entsteht; zugleich wird seine Haftung bei der Aufbewahrung der gekauften Sache auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt. Der Verkäufer kann auch beispielsweise die Sache hinterlegen und zugleich Ersatz des Schadens, der durch den Abnahmeverzug entsteht, verlangen.

---

[113]) a. a. O. S. 67; vgl. § 19 S. 75 f. dieser Abh.
[114]) a. a. O. S. 67; vgl. auch § 19 S. 75 f. dieser Abh.

Neunter Abschnitt.

§ 40.

Leitsätze.

1. Nach gemeinem und französischem Rechte besteht eine Abnahmepflicht nur bei ausdrücklicher oder stillschweigender Parteivereinbarung, nach preußischem Landrecht, dem alten Handelsgesetzbuch, schweizerischem und österreichischem Rechte ist eine solche stets gegeben (§§ 1—4).

2. Annahme im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist die Annahme als Erfüllung mit der Wirkung der Umkehrung der Beweislast bezüglich der nach der Annahme geltend gemachten Mängel (§ 5).

3. Abnahme beim Kauf beweglicher Sachen ist die rein körperliche Tätigkeit der Hinwegnahme der Kaufsache — deren auferre —, um den Verkäufer von der Sache zu entlasten (§ 11).

4. Abnahme beim Kauf unbeweglicher Sachen ist die Gestattung der Aufgabe des Gewahrsams des Verkäufers und die Mitwirkung bei der zur Eigentumsübertragung notwendigen Auflassung und Eintragung, um den Verkäufer von dem Besitze und Eigentum der verkauften Sache zu entlasten (§ 22).

5. Die Abnahmepflicht ist eine selbständig klagbare und vollstreckbare Schuldnerpflicht des Käufers, eine wahre Rechtspflicht, der sich der Käufer durch Verzicht auf die gekaufte Sache nicht entziehen kann. Die Abnahme ist eine Leistung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Der Nachweis eines Interesses an der Abnahme ist nicht Voraussetzung der Klage auf Abnahme. Die einzige Schranke der Abnahmepflicht ist vielmehr § 226 (§§ 15—19).

6. Beim Kauf gegen Dispositionspapier besteht keine Pflicht zur Abnahme dieses Papieres, wohl aber eine solche zur Abnahme des Gutes, auch noch nach Abnahme des Papieres (§ 21).

7. Es besteht eine Pflicht zur Abnahme unbeweglicher Sachen (§ 22); eine Abnahmepflicht des Käufers eines Rechts gibt es dagegen nicht, auch nicht, wenn das Recht zum Besitze einer Sache berechtigt, hinsichtlich dieser Sache. Eine Abnahmepflicht ist in diesem Falle vielmehr nur dann gegeben, wenn die Parteien eine solche ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart haben (§ 23).

8. Die Abnahmepflicht ist ein naturale negotii. Deshalb ist der Verkäufer einer Sache von dem Beweise einer diese Verpflichtung begründenden besonderen — ausdrücklichen oder stillschweigenden — Vereinbarung befreit; vielmehr hat der Käufer, der das Bestehen der Abnahmepflicht bestreitet, den Nachweis einer die Abnahmepflicht ausschließenden Verabredung zu erbringen (§ 24).

9. Die Abnahmepflicht besteht nur gegenüber einer vertragsmäßigen, zur Abnahme bereitstehenden Sache. Unbedeutende Mängel und Unterschiede zwischen der Größe der angebotenen und der vertragsmäßigen Sache heben die Abnahmepflicht nicht auf, vielmehr nur solche Mängel, die dem Käufer den Bestand des ganzen Kaufvertrages in Frage setzende Rechte geben, z. B. Wandlung (§ 25).

10. Der Erfüllungsort für die Abnahme ist mangels einer sich hierauf beziehenden Parteiabrede der Ort, an dem die Übergabe zu erfolgen hat (§ 26).

11. Die Zeit der Abnahme ist die, zu der der Verkäufer zur Übergabe bereit sein muß und tatsächlich bereit ist (§ 27).

12. Die Kosten der Abnahme hat der Käufer zu tragen (§ 28).

13. Aus der Pflicht zur Abnahme ist eine Pflicht zur Vornahme derjenigen Hilfshandlungen herzuleiten, die die Abnahme erst ermöglichen; aus diesem Gesichtspunkte ergibt sich auch für den Kauf, der nicht Handelskauf ist, eine Spezifikationspflicht (§§ 28 u. 29).

14. Die Klage auf Abnahme ist eine Leistungsklage. Der Gerichtsstand ist, abgesehen von dem Falle einer Vereinbarung über den Gerichtsstand, wenn allein auf Abnahme geklagt wird, der Erfüllungsort der Abnahme. Wird auf Abnahme und Zahlung des Kaufpreises geklagt, so ist in der Regel der Gerichtsstand für die Klage auf Zahlung des Kaufpreises maßgebend, da diese Verpflichtung in den meisten Fällen im Verhältnis zur Abnahmepflicht tatsächlich die Hauptverpflichtung ist. Der Käufer kann jedoch in diesem Falle durch den Nachweis, daß die Abnahme die Hauptleistung ist, die Klage vor das Gericht ziehen, das zuständig wäre, wenn allein auf Abnahme geklagt würde.

15. Die Zwangsvollstreckung der Abnahme beweglicher Sachen erfolgt nach § 887, die der Abnahme unbeweglicher Sachen nach § 894 ZPO. (§ 31).

16. Auf die Abnahme sind die §§ 320 ff. über gegenseitige Verträge anzuwenden, insbesondere findet beim Abnahmeverzug § 326 neben §§ 284 ff. Anwendung. Liegt zugleich Annahmeverzug vor, so hat der Verkäufer auch die hieraus sich ergebenden Rechte kumulativ neben den auf Grund des Abnahmeverzuges gegebenen, soweit sie sich nicht sinngemäß ausschließen (§§ 34—39).

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.